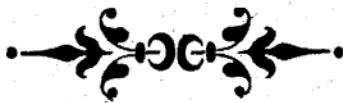
Dr: Igino Petrone

LA FASE RECENTISSIMA

DELLA

FILOSOFIA DEL DRITTO IN GERMANIA

ANALISI CRITICA

POGGIATA SULLA TEORIA DELLA CONOSCENZA

PISA
ENRICO SPOERRI — EDITORE

1895.

ALLA MEMORIA

DI

MIO PADRE.

PROEMIO

L' analisi che segue volge sul momento presente, o quello che, per essere un po' meno recente in ragion di tempo, non è meno vivo e presente per contenuto ideale, della filosofia del dritto in Germania. Essa s' indirizza sui metodi, sui criterî, sui primi princìpî filosofici delle dottrine o dell' indirizzo comune in che esse convergono, e non si ferma di proposito sul contenuto particolare dei sistemi (meglio, forse, sarebbe dire, delle teorie) se non quanto basta per riprovare i giudizî già formolati od anticipati sul loro assunto metodologico. È una critica poggiata sulla teoria della conoscenza, perchè le nostre indagini volgono sulla legittimità o meno di una speculazione filosofica del dritto, legittimità che gli uni negano risolutamente e gli altri circoscrivono con limiti e riserve che valgono tutt' uno che negarla; e questo pro-

blema non può essere nè discusso, nè avviato ad una soluzione qualsiasi, ove, anzi tempo, non sia messa in sodo l'origine e la portata della conoscenza umana in genere e della conoscenza filosofica in specie. Il problema conoscitivo, non ostante le improvvide denegazioni oppostegli dal dogmatismo positivista, riappare oggi, con intensità forse non minore che nella fine dello scorso secolo. Quello che nell'idioma tedesco si direbbe « *der erkenntniss-theoretische Standpunkt* » preoccupa oggi le tesi ed i quesiti della filosofia: di quella filosofia, intendo, che è veramente degna del suo nome, che è serena intuizione speculativa dell' universo. Ed è giusto che sia così: il problema della conoscenza è il gran problema della filosofia, che si può di leggieri escludere in sulle prime, ma al quale altri problemi rimenano, la cui esclusione sembra alquanto più ardua o più arrischiata. Ditemi la vostra ideologia ed io vi dirò la vostra filosofia: così si potrebbe favellare, senza tema di errore, ad ogni filosofo che lo sia sul serio. La filosofia, e la stessa morale che un dato filosofo propone, è l' equivalente esatto del modo ond' esso ha posto e risolto quel primo problema della conoscenza. *Der Streit oder Gegensatz zwischen Materialismus und Idealismus*, disse sapientemente L. Feuerbach, *ist nicht der zwischen Materie und Geist, Leib und Seele,*

sondern der zwischen Empfinden und Denken: denn die Empfindung ist durchaus materialistisch, cörperlich, wie schon die Alten behaupteten. Es handelt sich also nur um die Lösung des Verhältnisses von Denken und Empfindung.

S' intende bene con ciò che, per noi, la teoria della conoscenza va sostenuta e diretta dalla metafisica; è, anzi, una metafisica essa stessa. Il problema della legittimità o meno di una speculazione filosofica del dritto fa capo all' altro della presenza o meno di un dritto razionale, (oggetto della ragione) che sia tutt' altro da quello che esiste nelle condizioni empiriche del tempo e dello spazio (oggetto della esperienza). Scindere quei due problemi non è consentito a lungo dalla logica del pensiero, ed uopo è dibatterli e risolverli di conserva, sorretti da quella che con parole del Vico, ed in senso alquanto diverso dal suo, potrebbe denominarsi *la metafisica della mente umana.* Alla quale metafisica, del resto, chi afferma e chi nega fa ricorso del pari: perchè è più facile dispettare a parole le necessità del pensiero e della coscienza, che farne a meno nei fatti. E poichè la critica, se è il *punctum pruriens* della filosofia, non ne è tuttavia il termine definitivo, quel punto *in che s' acqueta ogni disio* del sapere umano, alieni da una sterile negazione, noi studieremo di opporre la filosofia, della quale

siamo persuasi che sia la vera, a quella che non ci par tale: lieti, se da queste *membra disjecta* di un'analisi filosofica occasionata dalla critica dell'altrui si possa desumere un contenuto sintetico, una professione di fede filosofica: quella professione di fede, di che, in tanta moltitudine di dubbiezze dottrinali e di soluzioni in bilico sul sì e sul no, v'è oggi tanto e sì urgente bisogno.

INTRODUZIONE

Chi voglia conoscere lo stato della filosofia del dritto, in un dato luogo, in un dato tempo, deve por mente a due cose: allo stato corrispondente della filosofia universale, nello stesso luogo e nello stesso tempo, ed allo stato della stessa filosofia del dritto nel tempo immediatamente anteriore a quello che si toglie in esame. Variano i concepimenti ed i criterî intorno alla filosofia generale ed alla filosofia particolare, ad una volta, ma tutti convengono in una cosa: che la filosofia particolare segue fedelmente e rispecchia le vicende percorse dalla filosofia generale; che i metodi ed i criterî della prima sono un processo di derivazione dei metodi e dei criterî della seconda; che questa dà i principî e quella li trasferisce e li applica nel dominio delle sue ricerche, o, meglio ancora, che questa dà

la forma e quella la impronta, o la lascia improntare, nella sua materia. L' intelletto umano è affaticato dal perenne bisogno di unificare e semplificare le conoscenze, nè rinunzierà mai alla unità, vera o presunta, dello scibile. La meta finale alla quale esso tende è la sintesi: e si tien pago, solo quando tutti i rami del sapere gli appaiono quali forme analitiche di un solo principio semplice. La sua filosofia del dritto sarà sempre, per forza di cose, l' equivalente della sua filosofia. Ma lo stato della filosofia del dritto, in date condizioni di luogo e di tempo, è segnato, altresì, da un altro fattore: da quello che essa è stata nel passato, dalla sua tradizione interna, dalla sua storia. Le idee dell' oggi sono legate da un nesso di continuità spirituale con quelle di ieri: in qualsiasi momento del tempo l' uomo crea poco ed interpetra e sviluppa anzi che crei: i periodi della spontaneità innovatrice sono assai rari nella età moderna, in questa fase riflessa e critica dello spirito umano: le dottrine del presente sono, nel maggior numero dei casi, il risultato di una riflessione, più o meno meditata, di alcune idee che l' analisi deriva dal passato.

Chi ama, adunque, rendersi ragione dell'indirizzo dominante oggi in Germania, nella cultura filosofica del dritto, deve far capo, per un verso, alla filosofia germanica contemporanea, ossia alla metafisica, perchè la filosofia può essere una metafisica negativa anzichè positiva, ma una metafisica lo è sempre, e, per un altro verso, alla penultima fase storica della filosofia del dritto. Le dottrine dell' una

e dell' altra sono l'addentellato della filosofia odierna del dritto.

*
* *

Ora, la tendenza suprema della filosofia contemporanea, e non nella Germania soltanto (perchè la penetrazione che v' è oggi tra le società civili vi determina una certa comunanza di pensiero e di vita) si è quella di eliminare l' antico dualismo della esperienza sensibile e della conoscenza intellettuale, dell' essere e del fenomeno, dualismo che era come il sacro deposito della filosofia tradizionale, e di risolvere tutto il processo conoscitivo nell' esperienza e tutto l'ordine delle esistenze nel fenomeno. Il monismo gnoseologico ed ontologico ad un tempo, ecco la sua meta finale, quella che, traverso la varietà delle dottrine e l' incoerenza dei pensatori, segna la sua logica ideale.

Ultimo dei grandi filosofi che han preso le mosse da quel dualismo fu il Kant: ma è appunto dalla filosofia di lui che ha radice il monismo moderno. Una dottrina, che ripone tutta la realtà obbiettiva nella realtà fenomenica, è dottrina che, proseguita logicamente, intronizza l' esperienza sensibile al posto della conoscenza ed il fenomeno al posto dell' essere. Il *noumenon* è riconosciuto dal Kant (benchè non sempre con filosofica coerenza) come esistente in sè, ma egli insegna che quel noumeno è non solo inesperibile, ossia fuori dell' esperienza, ma è, ad un tempo, inintelligibile, ossia fuori di ogni cono-

scenza razionale; esiste in sè, ma non ha esistenza rappresentativa in noi. Esso è, adunque, il puro niente per noi e per la filosofia. Quello che non ha rapporto di sorta con la mente umana non è più nemmeno un obbietto, perchè la nozione dell'obbietto è correlativa a quella di un subbietto che lo conosce. Eliminato uno dei termini dall'ordine delle conoscenze possibili, alla filosofia non rimane che l'altro, e quest'altro non è più relativo, perchè non v'ha termine a cui aver relazione: è assoluto. Così il dualismo del noumeno e del fenomeno cede il posto al monismo del fenomeno. Non vi ha più correlazione di fenomeno e di essere: il fenomeno è l'essere.

Questa identità si risolve, nel fondo, in una petizione di principio: il fenomeno in tanto è l'essere, in quanto il pensatore ha già, in anticipazione, assegnato all'essere le note del fenomeno, in quanto egli ha già antecedentemente intimato all'essere, come la sua *prova di fuoco,* di uniformarsi, sotto pena capitale, alle condizioni del fenomeno. Ciò, per altro, non toglie che questa petizione di principio sia, ad un tempo, il presupposto ed il risultato della filosofia moderna, di quella, segnatamente, che ha avuto più voga. L'idealismo Hegeliano, che, con vece alterna, assegna al fenomeno l'immanenza e l'eternità dell'essere ed all'essere la mobilità e la contingenza del fenomeno, per modo da rifondere l'una e l'altra nozione in un principio che è tutte e due ad un tempo, in un noumeno-fenomeno, nella Idea; il positivismo, che, ignaro ed incurante del problema ideologico discusso dal Kant, si appropria, tuttavia,

con un procedimento estraneo alla critica, i risultati dogmatici del fenomenismo Kantiano; la dottrina dell'evoluzione, che sintetizza questo fenomenismo di seconda mano con la metafisica del panteismo; tutti i sistemi più celebrati della filosofia moderna, in Germania ed altrove, sono diversi ed in parecchi punti antitetici, sia nel metodo che nel contenuto, e ciò nullameno essi vanno a far capo del pari nel monismo della esperienza e del fenomeno ed ottengono tutti un risultato comune, il realismo fenomenico, comunque vi si pervenga e quali che sieno le vedute particolari e gli spedienti logici particolari usati ed abusati a sostegno di esso, i quali spedienti procedono dalla dialettica *a priori* degli uni al supino empirismo degli altri.

Ma la filosofia non è solo dottrina speculativa, è, altresì e segnatamente, una dottrina normativa: essa detta le leggi della condotta umana. Ora, nel dominio della morale sembra che la dualità del fenomeno e dell'essere, che si traduce in quella del reale e dell'ideale, sia alquanto men facile a risolvere o a conciliare dialetticamente. Tale dualità è implicita nella nozione stessa della norma: il dover essere non è l'essere di fatto, non è l'essere stato, non è il poter essere. Tuttavia la logica dell'esperienza procede imperturbata: e la filosofia contemporanea tenta tutte le vie per escludere dal dominio dell'etica quel dualismo che essa ha già escluso dal dominio della speculazione. Gli uni concepiscono la filosofia morale come una scienza meramente descrittiva dei fenomeni della condotta: gli altri inducono la nozione del dover essere dalle disposizioni

dei poteri positivi, le quali non sono conoscenza della ragione e deliberazione della volontà, ma fatti di esperienza e coercizioni dell'arbitrio. Altri ripone l'ufficio dell'etica nel formulare una serie di giudizî sovra i rapporti morali o nell'investigare le leggi empiriche della condotta, e così risospinge la morale nell'ambito della speculazione, dove il realismo trovasi già insediato a sua posta. Ed anche qui, traverso le differenze particolari, è visibile la meta comune alla quale tendono tutti: la meta di sollevare a sistema l'identità dell'essere e del dover essere e di ritorcere ai motivi empirici dell'azione quel valore obbiettivo ed ideale che la filosofia appose alla norma razionale dell'azione; quantunque a questa meta si pervenga per vie diverse ed in apparenza contrarie, le quali procedono dalle finezze della psicologia dell'associazione al rude materialismo della forza.

Se questo indirizzo filosofico deve riflettersi nella filosofia del dritto è facile prevedere come questa si verrà atteggiando innanzi a noi. Essa rifiuterà il dualismo del dritto positivo col dritto naturale, perchè la filosofia l'ha educata a rifiutare il dualismo tra il sensibile e l'intelligibile, tra il fenomeno e l'essere. Essa assumerà a suo ufficio la cognizione e la elaborazione puramente tecnica e formale delle istituzioni giuridiche esistenti nelle condizioni empiriche del tempo e dello spazio, e rinunzierà alla possibilità di conoscere il *substratum* dell'esistente, l'eterna ed infinita sostanza che sottostà alle variazioni. Ed anche in lei questa affermazione e questa negazione, la affermazione della

obbiettività esclusiva del fenomeno giuridico, la negazione della realtà obbiettiva della Idea giuridica, non è la conseguenza di una serena e severa disamina, ma una premessa ricevuta *a priori,* non una prova, ma una petizione di principio. Il dritto naturale non esisterà più altrimenti per lei, perchè essa ha già dianzi circoscritta la categoria della esistenza in limiti cosiffatti, da far rientrare nello ambito segnato da essi soltanto il dritto positivo. E poichè il dualismo dell'essere e del dover essere è insostenibile là, donde sia eliminato il dualismo del sensibile e dell' intelligibile, del fenomeno e della sostanza, la filosofia del dritto, non paga di aver posto sì a mal partito la sua funzione teoretica, rinuncierà puranco all' altissimo ufficio di dettare le leggi della condotta giuridica. Il dualismo, che concepivamo irriducibile, tra le norme del potere coattivo e le norme del dritto naturale, verrà risolto per forza nel monismo, ossia nella nozione assoluta del dritto positivo. Ed a toccare la meta, anche qui si procede per vie diverse: gli uni escludono esplicitamente la nozione del dritto naturale o la interpetrano come una forma di allucinazione psicologica: gli altri si affaticano ad immedesimarlo, con una dialettica *a priori,* con lo stesso dritto positivo: senza, però, che queste differenze tolgano di vedere e di sceverare il principio comune che li anima tutti.

Il divenire del realismo filosofico nel realismo giuridico data da parecchio e risale oltre questa seconda metà di secolo. Esso si esprime di già nettamente nella dottrina di Herbart. Le idee ed i tipi

morali sono, infatti, per l' H., il fondo di fatto, il *Grund* del dritto positivo; onde, separate da questo, non hanno valore obbiettivo e portata autonoma. Esse non lo dominano, ma effettivamente e necessariamente vi sottostanno; e sono meno una norma del dover essere, che una rappresentazione concettuale dell'essere o dell'essere stato. L' idea-modello della giustizia non è già, in quel filosofo, una legge della condotta, ma un criterio del giudizio dei fenomeni di tale condotta: e non è una regola etica, ma un tipo estetico. Perchè tipo, ha valore teoretico e non pratico; perchè estetico, ha significato soggettivo e non oggettivo. Ma, l' unificazione del dritto positivo col dritto naturale, la nozione della necessaria coincidenza dell'uno e dell'altro e, quindi, l' unità assoluta del dritto positivo si annunzia più espressamente nel sistema dello Schelling ed in quello dell' Hegel, e vi si annunzia come l' espressione legittima della dialettica *a priori* del reale e dell' ideale. Il panteismo, e tale è la formula di quei due sistemi, si traduce appunto in questa unità consustanziale del finito con l' infinito, del razionale con l' empirico, del dovere con l' essere. La metafisica insegnava che questa serie di termini, di cui ciascuno è irriducibile all'altro, non sono già contradittorî, ma solo correlativi. Il pensatore può, adunque, e deve riconoscerli come tali, senza proporsi la meta assurda di eliminare contraddizioni che non vi sono davvero. La dualità del dritto naturale e del dritto positivo non contrasta alle leggi della logica, nè al principio di contraddizione: essi, appunto perchè esprimono rapporti differenti o una cosa iden-

tica sotto rispetti differenti, possono coesistere senza distruggersi a vicenda. Ma il panteismo a queste ragioni non bada: per avere scambiato il correlativo col contradittorio, esso si appone a dovere di formulare *a priori* una sintesi dei due termini in un solo, il che è tutt' uno che lo elidere uno di essi a profitto dell'altro. Per esso, adunque, il dritto positivo è la sola realtà obbiettiva e la sola idea reale: vano è indugiarsi in un dualismo logico che è bello e sciolto dalla storia: il dritto positivo non ha di fronte un dritto naturale, perchè è esso un dritto naturale. Nel fondo di questa dottrina v' è una presunzione ottimista; si presume che il dritto positivo sia sempre ed il solo razionale; v' è un' apoteosi pietista della realtà esistente, che è come una specie di ricorso storico di quello spirito di adorazione inconsciente onde l' uomo primitivo è animato verso la natura; e v' è, ad un tempo, l' impronta di quel simbolismo romantico, che, sollecito di sopire le lotte del pensiero nella quiete fantasiosa del sentimento soddisfatto, trasfigura la realtà per il bisogno di ravvisare in essa l' incarnazione sensibile dell' ideale architettato anzi tempo.

Questo culto del dritto positivo, insinuato dalla dialettica Hegeliana, non è del resto, almeno in origine, una semplice fattura del pensiero di un uomo: ma è piuttosto un fenomeno di psicologia collettiva, dell' anima popolare. Forse e senza forse, esso è il portato di quella intuizione panteistica dell' universo che giace nel fondo recondito della coscienza germanica. La quale è dominata tuttora da un certo impulso ideale verso una sintesi spon-

tanea ed *a priori* degli aspetti discordi dell'esistenza, e ci si mostra, in tutti i tempi, punta dall' acre bisogno di conciliare, sul terreno della intuizione e della esperienza, la lotta acerba che ferve nel suo seno tra l' ideale ed il reale. Nessun popolo, come il tedesco, interroga con tanta penetrazione trascendentale i problemi dell' universo e ne formula con tanta audacia speculativa e con tanta pertinacia di logica le più temerarie, le, praticamente più pericolose, soluzioni; ma nessun popolo, ad un tempo, possiede sì acuto, sì vivo quel senso di coesione col mondo reale, quel sentimento di unità spontanea ed indelebile e di penetrazione reciproca e perenne tra l' interno della sua coscienza e la realtà del di fuori, tra il pensiero e la vita, tra l' idea ed il fatto, tra l' anima dell' individuo e l' anima del popolo: in nessun popolo sono così tenaci, insomma, quei sentimenti o quelle sfumature di sentimento che insinuano nella coscienza, e vi fanno prender salde radici, la disposizione secreta verso la dialettica panteistica dell' ideale e del reale. Questa coscienza reca in sè le tracce d' un dualismo, ma d' un dualismo già composto, sopito, eliso da un intuito primitivo del sentimento: dinnanzi alla riflessione che non può divinare le sue origini remote, che non può cogliere quella elisione primitiva di un primitivo dualismo, essa, questa coscienza, appare originariamente ed empiricamente monista. Quella sintesi del reale e dell' ideale, eminentemente spiritualista nel contenuto, è, certo, tutt' altra cosa dall' apoteosi del mondo esistente, dal panteismo tradotto nelle formule materiali, sarei per dire corpulente, della

riflessione filosofica. Ma la scienza che analizza, che decompone e ricompone a sua posta, che manipola, che forza la sintesi della coscienza, vi spegne, d'un tratto, quell'alito d'idealità spirituale, che la vivificava, e risolve nelle angustie di un realismo superficiale, materiale, dogmatico quello che era una armonia ideale e dialettica. Lo spirito eminentemente dissolvitore dell'analisi mortifica, per volerlo conoscere, l'intuito speculativo d'una coscienza vergine: la ricerca *a posteriori* fissa la mente del pensatore sul fatto nudo e brutale, sul dritto del potere positivo e gli fa smarrire la visione di quell'idea, di quello *a priori* che investiva il fatto stesso, che lo qualificava e lo legittimava come fatto, che lo nobilitava, che lo trasfigurava. Se non che, questa deformazione, che il pensiero analitico del filosofo imprime al panteismo della coscienza popolare, non toglie che tra questa coscienza e quel pensiero vi sia sempre come un'affinità segreta, la quale deve essere la fonte vera onde il monismo realista attinge vigore di colorito ed efficacia di propaganda.

* * *

Questi sono, adunque, i principî ed i criterî che la filosofia contemporanea trasmette alla filosofia del dritto: principî e criterî che dovevano avere una corrispondenza mirabile con quelli già diffusi e resi autorevoli, nell'ordine dei giuristi-filosofi, dalla *scuola storica,* la quale rappresenta appunto quell'ultimo anello della tradizione interna della filosofia del dritto, a cui si è accennato dianzi. L'idea profonda

e primaria e l' interesse supremo della scuola storica consiste tutta nell' obbiettivare il diritto al di fuori, nel trasferirlo per entro il circolo della evoluzione psicologica e storica, nel derivarlo da una fonte positiva, lo spirito popolare (*Volksgeist*), il quale spirito popolare è rappresentato come la sola sorgente originaria *(Urquelle)* del dritto, ed il suo contenuto come il solo criterio moderatore dei giudizî sopra la obbiettività o meno dei fenomeni del dritto stesso. La natura spiritualista, romantica, sentimentale, simbolica di questa forza operosa dello spirito popolare che affatica, o si presume che affatichi, la evoluzione giuridica, non esclude, nè attenua l' indole eminentemente realista del criterio fondamentale della scuola storica. La possibilità razionale d' un dritto, che non sia quello che emerge dalle arcane profondità dello spirito popolare, è esclusa da una dottrina, la quale ha già *a priori* incluso ogni nozione possibile del dritto nella rappresentazione empirica del processo produttivo dello spirito popolare. È vero che questa scuola si appropria dalla metafisica (senza di che non vi perverrebbe mai da sè sola, come sarà visto a suo luogo) la ipotesi di un legame causale dei periodi successivi del tempo: ed è vero, altresì, che questa ipotesi potrebbe preservarla dal cadere negli estremi del realismo: perchè essa importa la nozione di un *substratum* che le generazioni successive si trasmettono e che va sceverato dal patrimonio caduco di ciascuna generazione. Ma il realismo e l' empirismo è radicato nella stessa natura del concetto storico, cioè a dire nella stessa esclusione sistematica della

speculazione sovra quegli oggetti che non sono sottoposti alle condizioni del tempo e dello spazio, ossia alle condizioni storiche. Per il concetto storico, se voglia essere logico e coerente, ogni momento del tempo è un momento bello e compiuto, un essere autonomo e sussistente: se il passato vive necessariamente nel presente, è adunque il presente, e tuttora il presente, che è oggetto di studio e di ricerca: il rapporto del presente con il passato non è più una conoscenza metafisica, ma una induzione che argomenta dalle condizioni empiriche del presente. Anche la tendenza presuntiva delle generazioni verso un ideale giuridico, che sarebbe, quindi, come un processo di approssimazione indefinita al dritto naturale, supera i termini proprî del concetto storico ed entra bel bello nella sfera della metafisica e della teleologia cosmica ripudiata. È un grave errore il credere che l'embriologia della vita coincida con la dialettica della ragione: la storia *ut sic* non ha altra logica (e dico logica nel senso rigoroso della parola) che quella che un improvvido e fallace determinismo ha voluto darle in prestito. Chi prenda le mosse dal concetto storico non può, adunque, badarsi dal realismo e dall' empirismo. Egli trasforma, tutt' al più, l' *essere* del dritto naturale nel *tendere ad essere* dell' evoluzione storica, ed il dover essere delle norme del dritto naturale nella conformità dell' essere o dell' essere stato della filosofia del dritto positivo, ma il dritto naturale egli lo nega, e per necessità di cose, in ambo i casi; nel primo come sostanza, nel secondo come necessità morale:

onde non esce mai, per quanto sforzi o tenti, dai termini dell' esperienza e del realismo.

*
* *

Dopo averne tracciate, nelle linee fondamentali, l' origine e la tradizione ideale, non è arduo riconoscere, in brevi tratti, quale debba essere e quale sia in effetto l' indirizzo filosofico-giuridico dominante oggi in Germania. La filosofia del dritto ha, ivi, per intento non più di conoscere i principî universali e necessarî del dritto, ma le cause di fatto della formazione storica del dritto. Suo contenuto non è più una serie di principî che sieno valevoli per ogni forma e per ogni momento reale del dritto, ma quel complesso di fattori concreti che determinano ciascuna di quelle forme e ciascuno di quei momenti come fenomeni di successione storica. L' interesse dialettico essa non lo soddisfa con l' unificare dati principî razionali in un principio semplice, più ricco di contenuto ideale e che virtualmente li contiene, (in un *universale ontologico*) ma col sussumere i motivi di fatto, che presiedono al nascimento ed allo sviluppo dei fenomeni giuridici, in un motivo formale più lato che li riassume, in una formula generica, la quale li rappresenta sotto specie di unità concettuale (in un *universale logico*). Il suo metodo è una generalizzazione più o meno raffinata del metodo storico, come suo contenuto è lo stesso materiale storico del dritto. Se e fino a che punto i coefficienti empirici lascino scevrare tra la molteplicità e la mobilità loro, un *substratum* permanente, un assolutamente *prius*, che

preesiste ad essi e che coesiste con essi, questa filosofia non lo propone nè l' indaga.

Nè è problema per essa, se e fino a che punto questi coefficienti empirici contengano in sè un valor ideale e sieno conformi alla nozione razionale del dritto: perchè la possibilità del porsi di un problema cosiffatto essa l' ha esclusa *a priori*. Essa è esplicitamente dogmatica nel suo processo, onde si limita a ricercare il dato positivo, come tale, ed esclude e condanna, in antecedenza, come illegittima, se non assurda, ogni indagine che si proponga di discernere le predisposizioni soggettive e le condizioni oggettive che preesistono al dato positivo e lo rendono possibile. La vecchia teoria della *tabula rasa* è per essa un dogma, e lo trasferisce dalla teoria della conoscenza nella storia dell' evoluzione giuridica, dalla ideologia nella sociogenesi. Il problema scientifico della filosofia del dritto, quello, cioè, se sia possibile l' esistenza di fatto di un dato dritto anteriormente alla esistenza di una speculazione, e, quel che preme di più, di una coscienza giuridica, questo problema essa non lo dibatte, perchè lo ha per inconcepibile. In breve, essa non è più, rigorosamente parlando, una filosofia, ma una *fenomenologia* del dritto. Il suo è essenzialmente empirismo, non scevro, bensì, di pretensioni filosofiche, nè spoglio di un certo indumento speculativo o, forse meglio, trascendentale: un empirismo, al quale la copia ingente dei fatti e la raffinatezza dei presidî induttivi consentono di ostentare una cotal dignità filosofica: un empirismo trasferito dalla sfera angusta del fenomeno individuale in quella, di tanto più ampia e ricca di con-

tenuto psicologico, dei fenomeni collettivi e del divenire storico di essi, epperò molto più fine ed elevato e persuasivo del vecchio sensualismo: ma empirismo sempre e, quindi, esclusione, più o meno esplicita, della funzione teoretica e della funzione pratica della filosofia del dritto.

SEZIONE PRIMA

LA FENOMENOLOGIA DEL DRITTO

CAPO I.

La ragione di essere della fenomenologia nella mente dei suoi cultori. — **Ad Merkel.**

La fenomenologia del dritto, per vantare a ragione autorità e valore di scienza e di filosofia, dovrebbe poter prevenire e risolvere, anzi tempo, una doppia serie di obbiezioni: l'una che le si potrebbe ritorcere dalla logica dell'empirismo; l'altra che le si potrebbe contrapporre dalla metafisica. La prima suona suppergiù così: Se la filosofia del dritto deve poggiare sui fatti, ebbene che si contenga rigorosamente nel termine dei fatti, senza varcarlo mai, che rinunzî alla pretesa ambiziosa e perigliosa di fornire una sintesi ed una integrazione filosofica dei fatti e di semplificare in formule unitarie e generiche la moltiplicità e la varietà nativa del materiale empirico, che non vaneggi dietro un universale

logico che contorce e deforma l' eterogeneo ed il particolare delle cose, ma si tenga paga a raccogliere, ad analizzare, ad esporre i fenomeni e gli obbietti particolari, senz' altra elaborazione che quella che è necessaria per conoscere ogni serie di fenomeni, ossia la elaborazione concettuale e tecnica. La seconda obbiezione, quella mossa dalla metafisica, si esprime così: La fenomenologia del dritto, per quanto sintetica essa presuma di essere e per quanto astratte sieno le formole concettuali nelle quali vanno riassunti i fattori concreti della evoluzione giuridica, non otterrà mai quella sintesi e quell' universale che differenzia la *nozione* della filosofia dalla *notizia* della esperienza: perchè quella che voi chiamate sintesi è una *giusta-posizione* o una semplificazione concettuale e nulla più; perchè il vostro universale non è un principio ontologico, che governi davvero la moltitudine dei fenomeni particolari, ma è soltanto una generalizzazione logica e formale dei fenomeni stessi; perchè quella formola generica che voi ci fornite è un *segno* comune di più cose particolari, ma non è nozione di una loro sostanza comune.

Una trattazione preliminare vera e propria, nella quale la ragion d' essere della fenomenologia del dritto sia messa in sodo con profondità di argomenti ed in cui queste obbiezioni, ed altre consimili ad esse, vengano proposte e discusse sul serio, non è dato trovarla bella e pronta oggi, ed in Germania meno che altrove. Il dogmatismo, che caratterizza quell' indirizzo dottrinale, non consente ai suoi cultori una disamina che si tradurrebbe in una revisione critica del loro metodo e dei loro criterî fondamentali.

L' interesse più presto scientifico che filosofico, e più presto empirico che scientifico, che anima i *fenomenologi,* la natura irriflessa anzichenò dei loro contributi, la stessa male intesa e peggio abusata divisione del lavoro, che domina in questa come in altre branche del sapere, escludono la possibilità di una trattazione sistematica e cosciente dei primi principî fondamentali, dell' *ubi consistam.* In cambio di una dottrina vera e propria in proposito, vi ha qua e là delle vedute individuali, delle idee frammentarie, sagaci spesso ed anche suggestive, le quali, per altro, accennano piuttosto ad un indirizzo in formazione che ad un indirizzo bello e formato, ad una intuizione personale dei problemi della scienza, anzichè ad una intuizione collettiva, ad una scuola. La crisi, nella quale, a giudizio comune, versa oggi e dovunque la filosofia del dritto, (1) non poteva non mostrarsi in Germania, dove anzi essa doveva rendersi più acuta per la grave difficoltà, nella quale si trovano i suoi giuristi-filosofi di colmare il vuoto aperto nel pensiero Germanico dallo strappo prematuro e violento recato a quella luminosa tradizione speculativa, che si appunta nell' idealismo e nel dritto naturale.

Il più notevole di questi contributi personali al quesito fondamentale della fenomenologia del dritto è quello reso dal Merkel in un saggio da lui inserito nella Rivista del Grünhut ed in altri scritti (2).

(1) Tra i molti che vi accennano va fatto degno di menzione speciale il *Vanni.* — Il problema della filosofia del diritto ecc. Verona 1890.

(2) Il saggio di cui si parla nel testo è il seg: « Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswis-

Intento di quel saggio si è di comporre l' antitesi della scienza positiva del dritto e della filosofia del dritto propriamente detta in una *scienza generale del drtlot:* che per essere scienza è, a parer dell'A., ad un tempo filosofia, e, per essere scienza dei fenomeni del dritto, ha indole eminentemente positiva. Questo accordo dell' aspetto positivo e dell' aspetto filosofico nella dottrina del dritto, della indagine dei fenomeni particolari e del dibattito dei problemi di indole universale, sembra al Merkel un portato del presente momento scientifico. Il bisogno di annodare le cognizioni particolari di una scienza in una dottrina omogenea, che componga ad ordine e sistema logico le percezioni dei singoli fenomeni, pare a lui che si sia reso e debba rendersi vieppiù acuto, dopochè lo studio dei particolari ha assunto proporzioni così vaste; e che a renderlo più urgente concorra quello stesso valore inestimabile che la filosofia contemporanea ha attribuita alla osservazione ed alla raccolta dei dati fenomenici. Più che la vocazione soggettiva del pensatore, il processo impersonale, logico dei suoi studî, fa sì che, presto o

senschaft und zum allgemeinen Theil derselben » nella Zeitschr. f. d. Privat-u. öff. Recht - I Bd. S. 1-10; S. 402-421. Rammento gli altri suoi scritti: Ueber den Begriff der Entwicklung in seiner Anvvendung auf Recht u. Gesellschaft (ibid. III S. 625 e segg: IV S. 1 e segg.): Recht u. Macht (Iahrb. f. Gesetzgeb, Verwaltung u. s. w. N. F. S. 449 e segg.) Juristische Encyklopädie 1885; Philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaft (nella Encicl. dell' Holtzendorff 5a Aufl: S. 5 segg; oltre alla recensione sullo Schuppe che verrà menzionata più giù.

tardi, problemi d' indole generale emergano spontaneamente dalla ricerca, resa più penetrativa e profonda, degli stessi fenomeni, e sveglia il bisogno di sottoporre ad esame quei concetti che prima venivano ricevuti ed elaborati a guisa di quantità belle e date e senza darsi pensiero d'indagarne il perchè ed il come. Un doppio movimento spirituale si disegna nel processo di ogni scienza: una latitudine progressiva ed una unificazione del pari progressiva delle conoscenze. L'esigenza di un nesso sistematico dei particolari procede di conserva con l'estendersi della conoscenza dei particolari stessi. Questo movimento centripeto non è solo movimento scientifico, ma altresì filosofico; e suo termine finale è sceverare i rapporti causali, reciproci dei fenomeni particolari e comporli in unità vivente, in una totalità organica, governata da una legge interiore ed autonoma. La filosofia non è, adunque, altra cosa che un elemento, il più generale, della stessa attività scientifica: e, come tale, è inseparabile dalla scienza. Il problema, se questo elemento vada o no escluso dalla sfera della giurisprudenza, è identico all'altro, se la giurisprudenza sia una scienza (1).

Il Merkel, adunque, interpetra e tesoreggia nella sfera del dritto il programma della così detta *filosofia scientifica:* quel programma che ribadisce l' assunto Comtiano della unità metodica e della omogeneità dottrinale e trasferisce nell'ordine delle conoscenze il doppio movimento ritmico predicato dalla teoria dell' evoluzione: quel programma che

(1) *Grünhut's* Zeitschrift I Bd. S. 1-6.

consiste nell'immedesimare la scienza con la filosofia e la sintesi scientifica con la sintesi filosofica, e che rappresenta il portato legittimo di una filosofia che, per aver sollevato a dottrina universale l' ipotesi della identità qualitativa degli ordini svariati degli enti, doveva necessariamente professare nell' ordine ideologico l' unità sostanziale del processo conoscitivo. La *filosofia scientifica* è un corollario o, almeno, un equivalente psicologico della ipotesi monista; il che è, ad un tempo, il segreto del suo successo nell' odierno *demi-monde* scientifico ed il segreto della sua difettività filosofica: perché, invero, essa ha portata puramente dogmatica e valore arbitrario, finchè non sia prima messa in sodo l' autorevolezza di quella ipotesi. L' identità della sintesi scientifica con la sintesi filosofica è, nel saggio del Merkel, una petizione di principio: la sintesi scientifica è sintesi filosofica, solo perchè egli ha concepito, anzi tempo, che la sintesi filosofica non possa essere altra che una sintesi scientifica.

Ed è intorno a questa petizione di principio che si avvolgono tutti i suoi ragionamenti sui rapporti tra la scienza positiva e la scienza filosofica del dritto. L' una e l'altra, così egli si esprime, convergono nella scienza generale del dritto (*allgemeine Rechtswissenschaft*) e tendono a confondersi in essa: non v' è scienza del dritto che non sia del pari filosofia e viceversa: epperò, logicamente parlando, quell' aggiunto di « *positiva* » che si suole apporre alla scienza del dritto va eliminato, perchè esso in contrapposto con l' altro aggiunto di « *filosofica* » esprime un' antitesi, la quale poteva aver

ragion d' essere, e ne aveva in effetti, in quei momenti della evoluzione del pensiero umano nei quali la scienza positiva e la filosofia procedevano isolate ciascuna per la via sua, ma non ne ha alcuna oggi che, grazie alla maturità del pensiero, si è consumato il connubio dell'una e dell'altra. Nelle fasi meno recenti della evoluzione giuridica, la tecnica e la prassi potevano adempiere il loro mandato, quello, cioè, di applicare il dritto ai rapporti della vita, senza urgente bisogno di vedute generali e sintetiche, perchè scarsa di sviluppo e di portata assai semplice era così la vita come il dritto. Ma, col progredire della evoluzione, progredisce e si complica anche la vita sociale ed il dritto: la prassi si vien vincolando sempre più ad esigenze teoretiche: e vieppiù la urge il bisogno di vedute generali, di mano in mano che, per dominare la materia complessa che le si pone innanzi, ella tenta di librarsi in una sfera sempre più ampia di nozioni generali ed astratte, nello intento di formolare norme medie, tipiche, universali. Così accade che, con vicenda assidua e con processo spontaneo e naturale di cose, l'oggetto della prassi si va approssimando al vecchio oggetto della filosofia del dritto, fino al punto che l' uno coincide addirittura con l' altro e forma una cosa sola. Questo momento di coincidenza segna l' esaurimento della missione storica della filosofia del dritto come metafisica ed il trionfo della filosofia del dritto come scienza. Come all' antica filosofia della natura è succeduta la scienza naturale positiva, che mira a conoscere il nesso dei fenomeni e non eccede mai la sfera di essi, così alla filosofia speculativa

del dritto é giusto che succeda la scienza generale del dritto, la quale si propone la elaborazione dogmatica e la esplicazione storica degli stessi fenomeni giuridici e dei loro nessi causali. La prima aveva il suo caposaldo fuori della giurisprudenza, ossia fuori di quell' ordine di rapporti ch' essa aveva l' ufficio di dominare e di moderare, laddove la seconda avrà per suo criterio direttivo le stesse nozioni, o la stessa serie di nozioni, della giurisprudenza ed il loro substrato storico — Il processo deduttivo, che da una intuizione sintetica della vita e del cosmo deriva delle vedute universali e le trasferisce in un ordine particolare di fatti, non fornisce, a lungo, sicurtà al pensatore che vi faccia ricorso. Perchè, quanto più il pensatore si allontana da quelle vedute universali per procedere nel fitto delle indagini particolari, di tanto meno atta è quella intuizione sintetica ad illuminarlo sulla vera natura dei rapporti complessi di fatto che egli intende investigare e di tanto più acuto si rende il bisogno di far capo al processo induttivo (1).

Il dualismo della giurisprudenza e della filosofia, continua il M., non può sostenersi tuttora che ad un patto solo: a patto che l' unità sostanziale del dritto si decomponga nei suoi elementi, l' idea ed il fenomeno, il contenuto e la forma; e si ponga l' idea ed il contenuto come oggetto della filosofia, il fenomeno e la forma come oggetto della giurisprudenza: nel qual caso, però, il diritto non sarebbe più oggetto di scienza, perchè non sarebbe più una

(1) Ibid. S. 403-408.

sostanza, e l' una e l' altra disciplina subirebbero una diminuzione di capo, perchè entrambe avrebbero per oggetto non il dritto, ma solo uno dei suoi elementi. Il dualismo della filosofia e della giurisprudenza è stato possibile, appunto per questo processo di decomposizione della unità sostanziale del diritto. La filosofia del dritto ha vantato un contenuto autonomo, perchè ha isolato l' elemento etico del dritto dall' elemento economico ed ha sollevato il primo al fastigio di una speculazione indipendente. Ma, quando la natura del dritto si voglia abbracciare nella sua pienezza e non dividerla con l'analisi concettuale, allora non resta che professare apertamente la *scienza generale del dritto*, la quale è la sola dottrina giuridica che sia legittima come dottrina sintetica, perchè la sola che comprende la totalità e la unità degli aspetti del dritto. Nè la portata autonoma della filosofia speculativa del dritto rispetto alla giurisprudenza può essere sostenuta altrimenti, riponendo il fondamento dell' una nei principî generali dell' ordine giuridico e, dell' altra, nelle leggi di fatto di una data società in un dato momento storico. Perchè le fondamenta dell' ordine giuridico in sè sono tutt'uno che le fondamenta di un ordine giuridico particolare : l' nniversale non è una sostanza, una cosa a sè, ma un elemento del particolare (1). Nè può essere ufficio della filosofia costruire un mondo giuridico diverso da quello esistente di fatto. Essa, come la scienza, comprende il mondo quale è e non le cale di veder quale deb-

(1) Ibid. S. 408-416.

ba essere (1). Nostro problema é indagare la funzione effettiva del dritto, la fonte viva e vera della sua forza. Qual concepimento ideale di quella funzione e di questa fonte sia postulato dai bisogni della nostra coscienza morale, non ci preme il saperlo (2). Che se altri ama dibattere tal quesito, il faccia pure, ma a patto che il suo speculare rimanga nettamente separato da quello che è l'ufficio vero della filosofia del dritto: *das Verständniss und die geistige Beherrschung des Rechts der Wirklichkeit.* È, invero, l'assenza di questa necessaria scissura metodologica dell' aspetto positivo dall' aspetto razionale, di quello che è da quello che dev' essere, che allontana la soluzione del problema scientifico del dritto (3).

È la forza impulsiva interna delle formazioni giuridiche quello di che noi andiamo in cerca. *Wir....*

(1) Ibid S. 418.

(2) Wir fragen: welches sind thatsächlich die Functionen des Rechts, welches thatsächlich die Quellen seiner Kraft? Davon unterscheiden sich die Fragen: wie können wir uns die Functionen des Rechts, und an welche Eigenschaften können wir uns seine verpflichtende Kraft gebunden denken, so dass uns dies eine logische oder ethische Befriedigung gewährt? Oder auch: welches sind die objectiv gültigen Werthurtheile, auf welche die Imperative des Rechtes sich stützen müssen, um vernunftigerweise als verbindlich betrachtet werden zu können.? Der Rechtswissenschaft liegen, meines Erachtens, diese letzteren Fragen ebenso fern, wie der Geographie die Frage, ob es einen vernunftigen Sinn habe, dass die Quellen des Rheins in den Alpen liegen » Id: in una recensione del libro di W. Schuppe « Der Begrift des subjektiven Rechtes » inserita nei Philos: Monatsh; Bd. 24.° S. 82.

(3) Ibid: 82-83.

suchen die treibende Macht in den Rechtsbildungen an der Art ihrer Wirksamkeit und an den im Lichte einer vergleichenden Ent-wicklungsgeschichte hervortretenden Factoren ihrer Gestaltung und Fortbildung zu erkennen (1).

Ove, del resto, si voglia riconoscere, senz' altro, alla filosofia del dritto un ufficio normativo, ebbene si pensi che tale ufficio essa può adempierlo, pur rimanendo nei limiti che le sono assegnati come scienza. I motivi pratici e finali della condotta non trascendono l' esperienza del mondo esistente. È l' investigazione del dritto positivo, non altro che essa, che ci rivela quale sviluppo del dritto e delle norme giuridiche sia possibile, quale direzione di questo sviluppo si debba favorire, quale deviare o rimuovere. La nozione del dovere è una conseguenza del giudizio sull' essere e, quindi, rientra nell' ambito segnato alla scienza dell' essere. Come il tipo della costituzione normale dell' organismo umano è rivelato al medico dalla stessa osservazione di fatto dell' uomo sano e dell' uomo infermo, così il tipo dell' ordine giuridico normale è rivelato al filosofo-giurista dalla semplice osservazione degli ordini giuridici particolari e storici. Perchè è all' osservazione dei fatti, e solo ad essa, che noi siamo debitori di quella facoltà, che è in noi, di concepire e di abbozzare delle forme ideali, che rappresentano lo sviluppo ipotetico di un dato complesso di forze nelle condizioni più favorevoli; e le quali vengono indi assunte da noi come criterio, per giudicare lo

(1) Ibid: 79.

sviluppo reale delle forze stesse sotto l'influsso delle condizioni storiche determinate. Senza dubbio, l'ordine giuridico esistente non adempie il contenuto ideale del dritto: i principî che appagano, ad un tempo, il nostro interesse ed il nostro sentimento morale non hanno ottenuto piena attuazione nè nel diritto, nè nella coscienza del presente: se non che, adempiere questo contenuto, trarlo fuori dalla coscienza del presente, nel fondo della quale esso giace come latente ed involuto, può farlo la filosofia del dritto, ma a patto di conoscere e di comprendere quella coscienza e di contenersi nei termini del reale (1).

Questa la teoria del Merkel: la quale, a seconda dei casi, può menare ad un empirismo filosofico ed ecclettico, ovvero ad un empirismo puro ed esplicitamente estraneo alla filosofia: e, come tale, rappresenta fedelmente la contraddizione interiore della filosofia-scientifica e della fenomenologia-filosofica, di cui verremo nel corso del libro differenziando le dottrine ed i criterî ed il termine logico. Senza voler qui anticipare una critica che sorgerà spontanea dal sèguito della nostra esposizione e del nostro esame e che l'analisi degli stessi insuccessi della fenomenologia del diritto verrà integrando, è lecito tuttavia formulare anzi tempo qualche giudizio sovra queste vedute fondamentali del M. Le quali non pare che sieno tali da legittimare l'assunto dell'autore: la esclusione degli ufficî teoretici della filosofia speculativa del diritto; la inclusione dell'ufficio normativo di essa nel circolo angusto

(1) *Grünhut's* Zeitschr: S. 418-419.

della fenomenologia e del realismo. Il dualismo che egli mira a rimuovere tra la filosofia del dritto e la giurisprudenza è, tuttavia, irriducibile, come quello tra il sustrato ed il fenomeno, tra il razionale ed il reale: irriducibile come forma del pensiero, perchè di quei termini l' uno chiama l' altro per vincolo di associazione logica, irriducibile come fatto e come obbietto reale, perchè ciascun termine è semplicemente correlativo all'altro e non già contradditorio: ora la contraddizione va risolta dal pensiero che ha il dovere di rimuoverla, (in che l' Herbart aveva piena ragione) ma la correlazione va accettata e riconosciuta senz' altro: ridurla val quanto trasformare il rapporto in sostanza, ossia foggiare a talento la realtà delle cose. Il predicato « positivo » è, adunque, legittimo come correlativo all'altro « razionale e filosofico » (senza dire che le parole « positivo, posizione » hanno il pregio, specie per chi muove dal criterio storico-evolutivo, di significare la genesi del dritto reale, di segnare il momento in cui questo vien divelto dalla trama del passato, vien *posto:* sfumature delicatissime di pensiero alle quali la espressione « dritto vigente », non accenna punto. (1)). Il processo di approssimazione storica della prassi alla filosofia è, senza dubbio, un fenomeno della evoluzione giuridica: il quale importa, per altro, che la prassi senta il bisogno sempre più vivo di domandare l' ausilio della filosofia, non già che

(1) *Schütze* — Die Stellung der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft u. s. w. *Grünhut's* Zeitschr. Bd: 6. S: 5 — Questo articolo è una confutazione, non abbastanza profonda, delle vedute del Merkel.

essa addiventi, per un accrescimento spontaneo *ab intus*, di punto in bianco filosofica. Se la complicazione maggiore dei rapporti sociali moltiplica le difficoltà della prassi, mal saprebbe vedersi com' essa possa creare *ex nihilo sui* quel contenuto filosofico di che ha bisogno. Deve sempre torlo in prestito dalla filosofia, e questa deve averlo derivato altronde che dalla stessa materia della prassi. I contatti della filosofia del dritto con la giurisprudenza e del pensiero con l' esperienza delle condizioni reali procedono, indubbiamente, più frequenti e più intimi con l' andare delle cose: la pretensione di costruire *a priori*, non che le norme giuridiche, gli stessi rapporti sociali, ossia la materia delle norme (la quale pretensione, se pure vi sia stata davvero e nel senso rigoroso delle parole, fa parte dell' elemento fallace e caduco di talune forme della vecchia filosofia del dritto) cede il posto all' osservazione obiettiva di quei rapporti nella loro posizione di fatto. Ma, questa benefica reciprocità d' influsso della filosofia e della giurisprudenza è così lontana dal segnare la medesimezza dell' una e dell' altra, che anzi è proprio essa che, correggendo quello che vi sarebbe di unilaterale e difettivo in ciascuna delle due, ove procedesse del tutto isolata dall' altra, legittima la consistenza scientifica e la portata autonoma di entrambe. L' ufficio speculativo va, senza dubbio, tenuto distinto dalla indagine positiva: ma il modo più naturale e più logico onde serbare questa distinzione si è appunto quello di non predicare la medesimezza.

La filosofia non ha essa rimescolato i termini del problema, come, con strana incoerenza, si av-

FACULTAD DE D... SEVIL...

visa il Merkel: essa è tanto lontana dal confondere il relativo con l'assoluto, il fatto con l'idea, l'essere col dover essere, che anzi la ragione della sua esistenza, il suo *titulus juris,* sta appunto nella proclamazione aperta del dualismo dell' una cosa con l' altra. La confusione dei due termini del rapporto in uno, della esistenza empirica con l'esistenza metafisica, dell'empirico col razionale, è errore che va apposto e rimproverato, come del resto ne dà prova lo stesso A., al realismo non alla metafisica, alla *allgemeine Rechtslehre* non alla *Rechtsphilosophie.* La filosofia non esclude la legittimità di altre ricerche, si limita soltanto a domandare che non sia arbitrariamente negata o limitata la sua.

Nè, in questo loro procedere autonome la filosofia e la scienza del dritto propriamente dette, va decomposta l' unità sostanziale del dritto, se pure di questa unità non ci si voglia formare un concetto puramente empirico e quantitativo. L' analisi e l'astrazione concettuale, le quali sono il processo naturale della conoscenza umana, decompongono logicamente, per uso del soggetto che conosce, la unità sostanziale dell' oggetto: ma sono ben lungi dal decomporla obiettivamente. Lo argomentare dalla decomposizione logica una decomposizione reale è errore del pensatore che trasmuta il fenomeno soggettivo della sua rappresentazione nella realtà obiettiva del di fuori e che converte il rapporto logico in un rapporto reale, non lo è dell' analisi e dell' astrazione intellettiva. Le quali sono condizione e procedimento di ogni scienza: perchè, in ogni forma di scienza, la sintesi riflessa (vedrem

poscia perchè non sia lo stesso della sintesi intuitiva e spontanea) è una ricostruzione dell' insieme, preceduta e resa possibile dall'analisi degli elementi. Le scienze della natura decompongono, se si voglia usare il linguaggio improprio dell' A., la unità del cosmo, come le scienze dello spirito decompongono l'unità della coscienza e della persona morale: tanto varrebbe, adunque, in omaggio ad uno scetticismo arbitrario ed irrazionale, fare il processo a tutta la conoscenza umana! Lo specialista è in colpa, certamente, quando, varcando i termini della sua ricerca particolare, si solleva a conclusioni sintetiche ed universali sulla natura dell'oggetto, togliendo a base soltanto i risultati esclusivi della sua disciplina e senza tener conto di quelli delle altre discipline che studiano altri aspetti dell' oggetto. Ma, non va ritorto contro la portata obbiettiva della scienza quello che è dovuto ad una malaugurata vocazione soggettiva d'un suo cultore; senza dire che il vizio che affetta le conclusioni, le quali eccedono l' ambito peculiare della disciplina, non tocca le dottrine le quali rientrano in quell' ambito e che sono appunto il contenuto specifico della disciplina medesima, quello, cioè, cui deve por mente chi voglia formulare un giudizio sovra di essa. Il torto dei razionalisti del *Naturrecht,* che verrà meglio esaminato a suo luogo, non istà nello avere isolato gli aspetti della conoscenza giuridica (di questo processo astrattivo dovrebbe lodarli chiunque si renda ragione delle esigenze conoscitive dello spirito umano, ove eglino lo avessero veramente e logicamente proseguito come si crede dai più) ma nello aver preteso

di trasferire, di un tratto, i dati particolari della loro dottrina speculativa nel mondo della esperienza e della realtà, senza tener verun conto delle condizioni reali di questo mondo e della struttura dei suoi rapporti di fatto; condizioni e rapporti che potevano e dovevano perturbare il processo logico, rettilineo, apodittico dei postulati razionali. Quello che vi è di errato in essi non è tanto la scienza, quanto quella che lo Schopenhauer chiamava *arte* e che, in realtà, è assai più che semplice arte: e forse, più che errore, la loro è una lacuna. Comunque si sia, la speculazione che si dirige sui principî universali del dritto e sulle norme doverose dei rapporti possibili, rivelate dalla coscienza morale e dedotte dalle tendenze necessarie dell'umana natura, non può essere tacciata di illegittima, solo perchè una scuola, deviando dal suo ufficio vero e saltando, d' un colpo, dalla logica nella storia, trasporta le sue nozioni teoretiche e le sue norme pratiche nel dominio dei rapporti reali, senza discernere se l'indole di questi ultimi aggiunga alla nozione dei rapporti possibili alcunchè di diverso o di nuovo, che il processo della astrazione non aveva preveduto, ovvero aveva eliminato, e che, ove fosse preso in esame, opporrebbe gravi riserve a quelle nozioni ed a quelle norme. La condanna di un modo particolare della filosofia speculativa del dritto, ponendo da banda il vedere se e fino a che punto quella condanna sia legittima, non reca con sè, per logica di cose, la condanna di tutti i modi possibili della filosofia stessa.

L'altra veduta del Merkel, che la osservazione del particolare meni spontaneamente alla cognizione del-

l'universale, perchè l'universale è un elemento del particolare, contraddice ad ogni nozione scientifica e filosofica della cosa. L'universale contiene formalmente il particolare ed è sì lungi dall'esserne una parte, che anzi il particolare ha rapporto ad esso come modo ad essere, come qualità a sostanza. I rapporti dell'universale al particolare possono essere concepiti in doppia maniera e l'una e l'altra del pari filosofica, formalmente parlando: in un primo senso, l'universale è fuori i particolari e li trascende (è il concepimento che potremmo dire Platonico): in un secondo senso, l'universale è dentro i particolari e, s'intende, dentro tutta la serie dei particolari possibili (ed è questo il concepimento che potremmo dire Aristotelico): nell'un caso e nell'altro, il rapporto dei due termini è qualitativo e non quantitativo, filosofico e non aritmetico, di caso a regola e non già di parte a tutto. Per non voler qui anticipare il problema della conoscenza, differisco anche il quesito, se l'universale possa essere conosciuto mercè la sola osservazione empirica del particolare e senza alcun contenuto ideale preesistente nel pensiero dell'osservatore: ma non posso astenermi dall'osservare che chi considera il particolare come un tutto di cui l'universale è una parte, non solo non sta nei termini del pensiero filosofico, ma comincia a stare più giù anche di quelli del pensiero volgare.

Ma, pur troppo. quel modo di concepire l'universale è il portato indeclinabile di quella scienza pseudo-filosofica, che ha voga oggidì e che, inetta a librarsi più alto, non sa altrimenti concepire ed annodare i rapporti delle cose che sotto la categoria

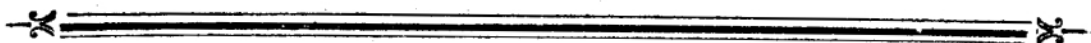
più sensibile, più appariscente, più supinamente materiale, la categoria della quantità! (1) Nè solo l' universale teoretico, ossia l' essere sostanziale del dritto, ma anche quello che potrebbe dirsi l' universale pratico, ossia la norma razionale del dritto, trae il Merkel dall' osservazione pura e semplice del particolare, del fenomeno giuridico. Egli afferma recisamente, invero, la possibilità, anzi la necessità che il tipo ideale normale del dritto vada astratto dalla stessa esperienza delle varietà giuridiche. Noi chiariremo, a suo luogo, come alla osservazione, alla induzione ed alla storia debba, necessariamente, preesistere nella mente del soggetto (senza di che quelle operazioni dello spirito sarebbero inconcepibili) una sintesi ed un' anticipazione ideale, primitiva, spontanea del tipo e della norma, una sorta di vocazione originaria della coscienza verso l' uno e l' altra. E chiariremo, altresì, come la forza operosa che affatica l' evoluzione giuridica è, senza dubbio, un oggetto precipuo della filosofia del dritto, ma un oggetto d' indole filosofica e non positiva, e che, per essere penetrato ed esaminato, presuppone il lume della

(1) L'*Ahrens*, (Naturrecht od. Philos: d. Rechts u. d. Staates. — 6 Aufl: I Bd: S. 213) a proposito delle *Macht-Rechts theorien* così si esprime: « In der Wissenschaft hat sich dieser bewusst oder unbewusst, materialistische Zug in dem Bestreben ausgeprägt, *alles Qualitative in Quantitative* umzusetzen, nur solche Verhältnisse als reale anzuerkennen die sich nach Zahl, Masse und Gewicht bestimmen lassen, Alles nach Grössen-Verhältnissen zu beurtheilen, alle Qualitäten und Qualitativen Unterschiede zu läugnen und nur verschiedene mathematische Grössenverhältnisse anzuerkennen. Quantität, Grösse, das ist das Alles beherrschende neue Princip geworden.

Idea che rischiari e guidi l'osservatore e lo storico traverso il labirinto dei fenomeni. Vedremo come la scienza positiva si approprî, senza saperlo, tutto un patrimonio ideale deposto e lasciato dalla metafisica e di poi ne ritorca il possesso contro la legittima proprietaria: il qual processo di appropriazione è una necessità indeclinabile alla quale soggiace ogni forma di scienza positiva, abbia essa rapporto alla natura o allo spirito umano: la scienza della natura presuppone una filosofia della natura e le scienze morali e giuridiche una filosofia della morale e del dritto (1). La conoscenza di quello che è ci apparirà una condizione subbiettiva necessaria per formulare una congettura su quello che tende ad essere,

(1) Va opportunamente estesa ai rapporti della scienza e della filosofia morale questa profonda osservazione del v. *Hartmann* » Die Grundbegriffe, mit denen die Naturwissenschaft unbekümmert hantirt, sind gar keine naturwissenschaftlichen Begriffe, sondern Residuen früherer Stadien der *Naturphilosophie*, welche so lange benützt werden, als sie praktisch brauchbar erscheinen, und je nach Bedürfniss die für den praktischen Zweck erforderlichen Modificationen erleiden. Die ganze *Naturwissenschaft* ist also nur *möglich* auf grundlage einer *schon vorhandenen* Natur-*philosophie* und ihrer Principien; ohne diese würde es ewig an den Fundamenten fehlen, auf denen das Gebäude der Naturwissenschaft sich erhebt. Dass bedeutende Fortschritte der Naturwissenschaft das Ungenügende solcher Residuen aus früheren philosophischen Perioden deutlicher hervortreten lassen ist selbstverständlich; daraus folgt aber dann nicht etwa die *Ueberflüssigkeit* der naturphilosophischen Grundlagen der Naturwissenschaft, sondern die Nothwendigkeit einer Revision ihrer Acten, das Bedürfniss eines mit den Fortschritten der Naturwissenschaft gleichen Schritt haltenden *Fortschritts* der Naturphilosophie » Gesammelte Studien und Aufsätze — 1876 — S. 452-453.

perchè l' una cosa è correlativa all' altra: ma sarà per noi, ben altro che una condizione obbiettiva necessaria per conoscere quello che dev' essere: che se il contrasto dell' essere di fatto col dover essere acuisce quel conoscere e ci porta a riflettervi su, quel contrasto, per aver luogo, ha bisogno appunto che uno dei termini, il dover essere, si contrapponga all' altro, ossia all' essere e si origini altronde che da esso.

Per altro, e senza preoccupare la critica che seguirà poi, si può dire fin d' ora che la forma tipica di cui parla il Merkel, si ottenga comunque, è essenzialmente teoretica ed analitica: esprime un giudizio, e non una regola, e sviluppa quello che esiste di già, non produce quello che non esiste ancora e che si vuole che esista: come le idee-modelli Herbartiane, è scarsa di ogni valore etico e normativo: Giuoco ozioso di un' astrazione logica, essa non conferisce nè alla scienza nè alla vita: all' una dice quello che già sapeva; all' altra nega quello che esige per averglielo già dato: ed è lontana, ad un tempo, dalla scienza e dalla coscienza.

CAPO II.

I principî sintetici della Fenomenologia del diritto

Assuoto precipuo della fenomenologia del dritto è, come si è detto innanzi, quello di riassumere i coefficienti, i motivi reali del nascimento e dello sviluppo del fenomeno giuridico in una forza o categoria semplice e primitiva, in un solo principio fondamentale e sintetico. (Introd.) Ora questa forza o categoria semplice e questo principio sintetico può essere variamente concepito: e non solo a seconda della vocazione personale del singolo pensatore, ma altresì, e segnatamente, a seconda degli aspetti diversi che un ordine di cose sì complesso, quale è il dritto e quale rimane tuttochè lo si riduca nelle angustie dell'esperienza sensibile, presenta spontaneamente al pensiero di chi si faccia ad interpetrarlo. Il dritto è una *Idea umana,* disse il Vico: onde la rappresentazione analitica di esso si sdoppia: si può guardare, senz'altro, al suo contenuto oggettivo o alla sua utilità finale, o, viceversa, alla fonte soggettiva onde esso nasce e si alimenta, alla sua causa efficiente, alla coscienza

umana. Il processo fenomenico del dritto si può interpetrare come prodotto di una dinamica spontanea, interiore, dialettica del dritto stesso, ovvero come prodotto di impulsi, di motivi che vivono e si agitano, o si presume che vivano e si agitino, nell' interno dei soggetti. La fenomenologia del dritto si differenzia, adunque, in una doppia serie di principî sintetici, di formole generali: l'una che attiene, o vorrebbe attenere, al contenuto o al processo oggettivo del dritto, l' altra che attiene alla fonte psicologica che lo determina o si presume che lo determini: e dico, doppia serie e non doppio principio, perchè ciascuno di quegl' indirizzi preliminari si specifica, a sua volta, in nozioni diverse, a seconda del modo diverso onde quegli si rappresenta l'oggetto e questi il principio soggettivo ed attivo del dritto. Il sostrato, la funzione, il termine finale del dritto sarà per gli uni una *materia*, per gli altri una *forma* logica, ovvero l' una e l' altra cosa ad un tempo: come, fonte impulsiva e principio soggettivo sarà per gli uni un impulso fisiologico, per gli altri un motivo psicologico dell' uomo: senza però che queste differenze dei due indirizzi fra loro e delle forme rispettive nelle quali si discerne ciascuno di essi cancellino l' unità del criterio comune, il criterio dell' empirismo e del processo fenomenico. La dialettica trascendentale, che fa capolino spesso ed in più d'uno degli scrittori della fenomenologia, (specie di quelli che suffragano la prima serie di principî sintetici ed i quali intendono appunto a tracciare una pretesa dialettica interiore, sorta di *generatio aequivoca*,

del dritto e sono più esposti al cimento di porre al posto della dialettica, malamente presunta, delle cose quella, tanto più agevole, dei concetti) non toglie che la natura del loro assunto e l' interesse scientifico che li muove sia nudamente e semplicemente empirico. È sempre il dritto che è esistito, od esiste di fatto e le modalità ond' esso è esistito o esiste, che eglino hanno di mira: è sempre la causa, il motivo, il fine, il risultato reale del processo fenomenico di esso che si cerca d' indagare, di formolare, di semplificare, di astrarre. Certo, in ogni problema del dritto fenomenico è implicito un problema del dritto filosofico: la logica delle cose costringerà spesso i nostri giuristi-filosofi a trasferire nella fenomenologia le esigenze e sovente i dati di quella filosofia, ch' essi si lusingavano di avere escluso del tutto. Anzi questa tacita, non confessata, dai più nemmeno avvertita, penetrazione della filosofia è il grande, il solo, forse, argomento di vitalità della fenomenologia, della quale dissimula opportunamente il vôto e la sterilità interna e nativa. Ma a noi incombe, soprattutto, il dovere di svelare questo equivoco, onde attinge tanto successo l' empirismo contemporaneo. Ogni sistema, ogni forma d' indirizzo dottrinale va giudicato da quello che ha di suo, o da quello cui perviene da sè, non da quello che si appropria da fonte aliena: se no, a quel sistema ed a quell'indirizzo si appongono qualifiche e benemerenze che non gli toccano. È l' assunto logico del sistema, non la serie delle opinioni personali che vi si sovrappongono o vi si intrecciano, che ci preoccupa e che deve preoccu-

parci. Ora quell' assunto è apertamente empirico, per quanto quelle opinioni possano non sempre e necessariamente essere tali. Seguire i principî sintetici, le formole concettuali nelle quali si adempie parte di quell'assunto, è saggiare, ad un tempo, il valore e la portata dell'empirismo.

ART. I. — I PRINCIPÎ OGGETTIVI E DIALETTICI DELLA FENOMENOLOGIA DEL DRITTO

---

§. 1.° Il principio della *lotta* e del *fine di utilità* — **R. v. Jhering.**

Nella rappresentazione del momento costitutivo del dritto fenomenico, il v. Jhering insinua un elemento ignoto alla vecchia scuola storica: l'elemento dello sforzo e della lotta. Del pari, nella rappresentazione del contenuto oggettivo e dialettico del diritto fenomenico, egli reca un principio sintetico, una formola concettuale: il fine di garentia degl' interessi. La lotta e la dialettica del fine interessato: ecco i sovrani principî intorno ai quali si annoda la sua dottrina.

Secondo il concepimento romantico e mistico della scuola storica, lo sviluppo del diritto procede tacito, pacifico, inconsciente dai misteriosi ipogei dello spirito popolare. Non lo produce, nè lo sorregge l' imperativo dello Stato, protetto dalla forza contro le rivolte dell'arbitrio, ma una forza latente ed internamente operosa, la quale poggia sovra un convincimento ed un assenso tacito delle coscienze individuali, con-

cepito come momenti di una coscienza comune, cui non resistono interessi lesi o minacciati, nè perturba la scepsi delle dottrine. Il suo nascimento e la sua vita procede come quello della lingua: senza scosse, senza dolori, senza ritorsioni.

A questo arcadico mitologismo si oppone energicamente l' Jhering. Il diritto, esposto sempre alle resistenze del torto, è destinato, egli dice, alla lotta. Ogni diritto che nasce deve conquistare il titolo della sua esistenza, lottando col dritto che è nato prima di esso. La sua venuta alla luce del giorno non è mai scompagnata dalle doglie del parto (1). V' ha migliaia di esseri la cui vita procede sulle rotaie del diritto nato prima di loro ed i quali, universaleggiando la loro esperienza personale, concepiscono il diritto come idillico possesso di uno stato di pace. Ma, anche la pace loro è l'eredità fortunata di uno stato di guerra anteriore: il godimento degli uni è il frutto del lavoro degli altri: il possesso pacifico d' una generazione è il lascito della generazione anteriore che lo ha conquistato a prezzo di sangue. Ogni dritto, non solo il diritto dello Stato di oggi, ma anche il dritto sociale primitivo, è conquista della forza. Ogni cangiamento del dritto esistente che non sia puramente tecnico e formale, che penetri nel vivo dei rapporti sociali, dà uno strappo agl' interessi costituiti e dichiara una guerra, le cui sorti non sono decise dalla ragione o dal contrappeso delle ragioni che militano per l'uno e per l'altro, ma dal rapporto comparativo delle forze di ambo

(1) Der Kampf um 's Recht 10a Aufl S. 12 e passim.

i contendenti. Lo stesso sopravvivere d' istituzioni riprovate dall'opinione pubblica non è l' effetto di una pretesa *vis inertiae*, d' un tacito protrarsi del passato, ma della tenace resistenza degl' interessi sorretti da quelle istituzioni. Questa resistenza segna l'aspetto tragico della storia, quando gl' interessi di alcuni individui o di alcuni ceti hanno assunto solidità e fastigio di dritti acquisiti. Allora sono di fronte, sul piede di guerra, due partiti di cui l' uno e l'altro, del pari, palleggiano la dignità del dritto: l'uno riévoca il dritto del passato, l'altro evóca il dritto perenne e perennemente giovane del *divenire* (1). Il dritto, che, per esser nato, presume di vivere in eterno, dimentica che esso è nato dopo gli altri ed altri è giusto si prepari a nascere dopo di esso, e nega nei fatti quell' Idea che vorrebbe propiziarsi a parole. *Denn die Idee des Rechtes ist ewiges Werden, das Gewordene aber muss dem neuen Werden weichen, denn*

. . . Alles was entsteht
Ist werth dass es zu Grunde geht (2)

La lotta è condizione indeclinabile non solo del dritto oggettivo, ma altresì del dritto soggettivo. Anche questo è il premio di una vittoria laboriosa, perchè anch' esso sperimenta resistenze nel suo cammino. Il godimento di ogni dritto è preceduto dall' esperienza della lesione di esso. E l' uomo non solo lotta pel suo diritto, ma *deve* altresì lottare

(1) Ibid. S. 8.
(2) Ibid. S. 9.

per esso: perchè il suo diritto è affermazione della sua inviolabilità personale ed ogni lesione giuridica è lesione della inviolabilità della persona. In ogni dritto individuale è contenuto un immenso valore ideale, perchè in ogni dritto è in giuoco *il* dritto. MEIN *Recht ist* DAS *Recht, in jenem wird zugleich* DIESES *verletzt und behauptet* (1).

Questa dottrina dell' J. ha molti aspetti di vero e più ne avrebbe, ove l' A. non avesse superato i termini della fenomenologia, ponendo delle esigenze ed adoprando un linguaggio che han senso e ragione solo nei termini della filosofia. Che la lotta sia condizione di adempimento del diritto, è fatto storico che può essere ed è storicamente provato: ma non ne segue che la lotta sia momento logicamente necessario della evoluzione fenomenica del dritto. Una nozione di questo genere eccede i termini dell'esperienza e converte i fatti contingenti, sieno pure costanti entro limiti dati, della storia nelle nozioni universali e necessarie della filosofia. Non è, poi, giusto attingere dal fatto della lotta, non solo il processo di sviluppo, ma altresì l'origine del diritto. Vedremo a suo luogo come il concetto panteistico della continuità storica sia logicamente incompatibile con la nozione dell' origine: onde, chi afferma l'una cosa non può coerentemente predicare alcunchè dell' altra. Che, se si rifiuti il concetto panteistico della continuità e se ne accetti il filosofico e, quindi, si professi la illegittimità del processo all' infinito,

(1) Ibid. S. 56. Il contenuto qui riassunto è disseminato, con abbondanza di *verve*, in tutta l' operetta.

ebbene allora è bene osservare che, nella continuità e nella lotta storica dei diritti succedentisi e scalzantisi l'un l'altro, vi deve essere un *primo* dritto, un assolutamente *prius, che sia il primo della serie, che non abbia alcun diritto anteriore da combattere,* e che quindi sia venuto su, saltando a piè pari la condizione della lotta. L'origine prima del dritto deve essere stata pacifica per la contraddizione stessa che non consente di supporre un dritto anteriore che gli rendesse, o cui esso dovesse rendere, violenza.

Quel processo derivativo del dritto dalla necessità di rimuovere il torto, quel porre lo sforzo produttivo del dritto come consecutivo all' esperienza della lesione giuridica è desunto dallo Schopenhauer, il quale, in conformità delle esigenze pessimiste del suo sistema, trae la genesi del dritto dalle esperienze dell' ingiustizia ed assegna al torto, al non diritto, un contenuto positivo ed al diritto un contenuto negativo, per la stessa inversione onde aveva postulato la funzione positiva del dolore e quella negativa del piacere (1). Con che, per altro, si confonde l' esperienza soggettiva del diritto con la sua nozione oggettiva. La coscienza riflessa del dritto è acuita e ridesta per virtù di contrasto dalla esperienza del torto, ma il dritto preesiste nell' ordine del pensiero, come nell' ordine delle cose, al torto. Il torto è essenzialmente negativo: il non-diritto presuppone il diritto, come la negazione presuppone il termine che si nega. La lotta contro l' in-

(1) Die beiden Grundprobleme der Ethik. — Preisschrift über die Grundlage der Moral u. s. w. pgf. 17. Parerga u. Paralipomena Kap. IX.

giusto implica la prescienza del giusto che si vuole affermare contro le resistenze avverse. *Ignoti nulla cupido.* In tutti i casi, adunque, il termine iniziale del dritto è fuori della lotta, la quale non ne illumina, in veruna guisa, la nozione.

Il vincolo indelebile del dritto con la personalità è, del pari, una dottrina che trascende l'ambito del realismo; il quale ci potrà attestare questo o quel dritto particolare (e - dritto - è qui un segno, non una nozione) non già *il* dritto: il legame psicologico accidentale di questo o quel soggetto con questo o quel dritto, non il legame etico del dritto con la personalità. Il subjettivismo empirico, di cui dà prova l' Jhering nel determinare i gradi d' intensità del sentimento giuridico leso dal torto, (1) è testimonianza preziosa da opporre a questo confondere che egli fa del *sentimento* della propria dignità personale con la *nozione* oggettiva della personalità. La sua indagine empirica può dirci che questo o quel soggetto è fornito di questa o quella ricettività e può pervenire logicamente fino all' apoteosi di Shylock, (2) ma non potrà mai possedere il culto morale della persona. È bene ricordare che il vincolo della personalità col dritto è dottrina luminosa del dritto naturale, la quale, come ogni *res aliena, clamat ad dominum.* I due partiti storici, che sono di fronte e la lotta dei quali

(1) S. 27-34 e passim.

(2) S. 58 e segg. E v' insiste di proposito, e con tenacità ed ostentazione drammatica assai poco opportuna, anche nella pref. alla 10a ed. Vero è che egli non è il solo in Germania che abbia scelto ad oggetto di allegre discussioni curiali il capolavoro Shakesperiano !

rappresenta l'aspetto tragico del dritto, non sono entrambi termini empirici: il dritto che già è (*das gewordene Recht*) è oggetto di esperienza, ma l'altro che tende ad essere, aspetta di esserlo forse, ma certo non lo è ancora. Ambe le parti, poi, lottano, non già in nome del dritto positivo, ma del dritto naturale. Il diritto storico non si difende col dedurre il fatto semplice e brutale della esistenza, ma con l'affermare, a ragione o a torto poco importa, che quella esistenza è legittima, ossia conforme ad alcunchè che è prima, fuori e sopra l'esistenza stessa. Il dritto possibile non invoca come titolo la sua stessa possibilità: gli si potrebbe rispondere che aspetti un tantino, finchè il possibile diventi reale ed avrebbe un bello aspettare! in quella vece esso invoca come titolo la sua, pretesa o verace, razionalità. Così l'uno come l'altro partito usurpano la divisa del dritto naturale e solo da essa desumono virtù di propaganda e di successo. Ed è appunto questo dritto naturale che, a dispetto dell'indirizzo realistico dell'A., emerge luminoso dalla dottrina dell'Jhering. La lotta storica non è diretta a conquistare il dritto positivo: ma a correggerlo al lume di quello che si reputa dritto naturale. Non si lotta per quello che esiste; il possesso di fatto è naturalmente pacifico e conservativo; ma per quello che si vuole far esistere in sua vece: si lotta per recare in atto un ideale che non è in atto ancora.

È appunto la rappresentazione, anzi meglio l'Idea del dritto naturale, quello che reca l'elemento attivo, il fattore individuale nella storia: quell' elemento e quel fattore che sarebbe merito dell' J., aver rico-

nosciuto, ove egli avesse avuto, ad un tempo, piena coscienza della fonte onde deriva. Ma questa coscienza gli è venuta meno: e non solo nel suo concepimento dello sforzo e della lotta pel diritto, ma anche nella teoria fondamentale ch' egli è venuto indi sistemando sull' ufficio sociale, sulla legge di sviluppo del diritto e sul θέλος della evoluzione giuridica.

L' idea madre onde prende le mosse questa teoria, la quale è consegnata nell' opera rimasta, pur troppo incompiuta, « *Der Zweck im Recht* » (1) è il principio di ragion sufficiente, che si traduce nella formola moderna della legge di causalità: la quale governa, secondo l'A. come altri ordini di cose, così il processo del dritto. Se non che, la causalità ha doppia forma: quella meccanica che domina nel mondo della natura, quella psicologica che domina nel mondo della volontà: dell' una è formula la nozione di causa efficiente, dell'altra la nozione di fine: l'una importa « nessun effetto senza causa » l' altra « nessuna volizione o (che è lo stesso) nessuna azione senza un fine ». Delle quali forme di causalità la prima è quiescente, la seconda è attiva: nell' una l' oggetto, il fenomeno della natura, è passivo dell' azione causale, nell'altra l'oggetto, ossia la volizione, è sponta-

(1) Del 1º vol: di quest' opera si è ripubblicata una edizione postuma nel 1893 che noi seguiremo. Del 2º ci atterremo alla 2ª ed: 1886 — Gli antecedenti psicologici e logici del pensiero che vi è contenuto sono, come l'A. stesso riconosce nella prefazione alla 1ª ed. del 1º vol, nell' altra opera di lui « Der Geist des Römischen Rechts » — in cui giuoca sì gran parte la nozione dell' *interesse*.

nea provocatrice dell' influsso finale: la causa appartiene al passato, il fine all' avvenire: giacchè il fine è un' anticipazione del futuro — *Vorstellung eines Zukünftigen* (1).

Se l' elemento attivo e volontario è il *desideratum* dell' J., il novo principio ch'egli ha fatto valere contro il quietismo della scuola storica, egli toglierà, adunque, la causa finale a formola sintetica della fenomenologia giuridica. Seguace anche qui dello Schopenhauer, egli rappresenterà la psicologia della volontà contro la psicologia del sentimento dei romantici del dritto e contro la psicologia della ragione del dritto naturale.

La sua parrebbe, adunque, una dottrina finale, il che, in questo dominio abusato del determinismo meccanico, sarebbe assai bene: ma s'intende che questo effimero accordo della sua teoria con la teleologia tradizionale dura poco e si affretta a dar luogo alla logica del realismo. Il fine dell'Jhering è un termine puramente soggettivo, ossia implicato nella sfera del soggetto agente, e puramente materiale, ossia tale da coincidere sempre e necessariamente col risultato di fatto dell'azione. Il fine di che egli parla non è un termine oggettivo ed ontologico: è la stessa rappresentazione dell'azione da compiere, divenuta motivo nella coscienza di chi opera. La dualità del motivo soggettivo e dell' ordine oggettivo delle cause finali si risolve, per far luogo al principio dell' empirismo, che non conosce altra causa finale se non il motivo accidentale e psicologico dell' agente, e che è con-

(1) Op. cit. Bd. I Kap. 1.

dotto da una logica di cose ad argomentare il motivo dalla stessa azione compiuta ed a postulare una pretesa coincidenza necessaria del fine e del risultato, del termine formale e del termine materiale, dell'idea e del fatto. Il θέλος della evoluzione giuridica sarà, adunque, rivelato all' A. da un processo d'induzione laboriosa dai fenomeni del dritto, i quali sono quantità belle e date dall' esperienza e dalla storia. La sua è una teleologia analitica ed *a posteriori:* come analitica essa non aggiunge nulla di nuovo al fatto dell'esperienza ed è una mera *petitio principii:* come *a posteriori,* essa si traduce in una negazione esplicita della vera nozione della causa finale.

Come accade in ogni dottrina empirica e subjettivista, contenuto del fine è, anche qui, l' egoismo, ossia un fine che non varca i termini del soggetto e dei suoi motivi empirici; è la formola della *Selbstbehauptung.* Fine del dritto, lo si può anticipare fin da ora, è l' affermazione, la garentia, la *Selbstbehauptung* del soggetto attivo del dritto, della società e dello Stato: è l'eudemonismo sociale. Se non che in una teoria che procede col criterio della esperienza, l'egoismo sociale è un termine derivato rispetto allo egoismo individuale, la giustizia è un *posterius* della forza. Ora, come dalla pura forza brutale, arbitraria, iniqua si passa alla forza-sostegno del dritto, alla giustizia in atto? I poteri personali che dispotizzano il gruppo sociale, nella fase primitiva della evoluzione giuridica, come possono essi superare la cerchia del loro egoismo individuale e nativo e proporsi a motivo il benessere sociale? È evidente che, per risolvere questo problema, l'J.

non può trarre in campo un motivo preesistente o anche coevo all' egoismo individuale: perché ciò contradirebbe alla sua premessa empirica ed utilitaria. Egli deve poter provare che la forza produce il dritto senza uscire da sè stessa, senza ausilio di un motivo diverso da quello, connaturale in lei, della *Selbstbehauptung*. La dialettica che si nutre della propria sostanza dev' essere, per necessità di cose, il suo procedimento.

E lo è di fatti. Nel mondo animale, egli osserva, le sorti della forza sono esattamente decise dal rapporto comparativo di essa alle forze preesistenti o coesistenti: il trionfo dell' una segna necessariamente la fine dell'altra. *Leben des Stärkeren auf Kosten des Schwächeren, Vernichtung des letzteren im Conflit mit ersterem, das ist die Gestalt des Zusammenlebens in der Thierwelt* (1). Nel mondo umano non accade lo stesso. Ivi la forza che prepuò è riflessiva e cosciente; epperò, lungi dal farsi fuorviare dall' ebbrezza del trionfo presente, essa anticipa i casi futuri e rappresenta e prevede il gran partito che potrebbe ritrarre dalla forza minore, ove in cambio di sopprimerla, la serbasse in vita e l' asservisse al proprio interesse. La forza, resa illuminata ed accorta dalla rappresentazione dell' avvenire e dominata non solo da motivi impulsivi e prossimi, ma da motivi prospettivi, frena spontaneamente sè stessa. Questo limite interno che essa s' impone, questa sovrana padronanza di sè, segna la conservazione delle forze minori ed assicura la coesistenza giuridica. (2).

(1) Ibid. S. 241.
(2) Ibid. Kap. VIII - pgf. 2.

Die Gewalt setzt damit ein Maas, das sie beachten, sie erkennt eine Norm an der sie sich unterordnen will und diese von ihr selbst genehmigte Norm ist das Recht (1). Il dritto trae origine, adunque, dalla limitazione spontanea, dalla *Selbstbeherrschung:* il suo processo è una fine e sottile matematica dell' egoismo e del calcolo mercantile *Die Gewalt gelangt zum Recht nicht als zu etwas ihr Fremdem, das sie von ausserhalb vom Rechtsgefühl entlehnen, und nicht als zu etwas Höherem, dem sie im Gefühl ihrer Inferiorität sich unterordnen müsste, sondern sie treibt das Recht als Maass ihrer selbst aus sich heraus — das Recht als Politik der Gewalt* (2). Questo limite giuridico che la forza riconosce ha poi valore, indipendentemente dal fatto se la forza, dopo averlo posto, vi si mantenga fedele o no. L' adempimento pratico è, per sè, indifferente: il dritto è già messo in essere e nessuna resipiscenza a rovescio della forza può fare che esso non sia. La forza che dispetta e calpesta il limite da sé stessa riconosciuto non è più forza illuminata — *Gewalt* — è arbitrio puro (3).

Questa dialettica della forza creativa del diritto e *causa-sui* va, aggiunge l'J., energicamente rivendicata contro la filosofia del diritto, che l' ha messa in non cale per tener dietro ad una pretesa origine morale del diritto. La qual filosofia ha il torto di aver trasferito nel passato rappresentazioni e giudizî desunti dall' ordine giuridico presente. L' ori-

(1) Ibid. S. 245.
(2) I - S. 249.
(3) I - S. 245.

gine speculativa ed etica del diritto è una projezione ideologica del *nostro* diritto e della *nostra* coscienza giuridica. L'*ethos* è il risultato finale, non è il punto iniziale dell' evoluzione: il *prius* cronologico del diritto è l' egoismo nudo e brutale, è la forza (1).

Se il diritto è una politica della forza, il processo del diritto e quello della forza sono tutt' uno. Basterà, adunque, seguire la forza in quella sua dialettica produttiva del diritto, in quel procedimento ond' essa *pone* il diritto e mette le basi della costituzione sociale, per rendersi ragione della genesi del diritto. Se non che, quella dialettica e quel procedimento non si può esplorare storicamente: perchè la storia è muta sulle origini della evoluzione giuridica e, quindi, su quel momento genetico in cui il diritto vien *posto* come tale. Sfugge, adunque, il processo storico e non rimane altro spediente, che il costruire questa fase primitiva e questo *porsi* del diritto sul fondo già premesso del concetto di fine, circoscrivendo da questo unico centro tutto il divenire della società e della forza giuridica. Non essendo dato di interrogare il processo effettivo della forza, resta che si concepisca e si ponga col pensiero quel processo della forza che è postulato dal fine dell' uomo e della società (2) La forza non ha solo

(1) I S. 246-247 ed inoltre Kap IX pgf 2 (2° Bd:)

(2) Die folgende Darstellung hat zum Zweck, der Gewalt bei diesem ersten Aufbau der gesellschaftlichen Ordnung zu folgen. Nicht an der Hand der Geschichte velche über diese ersten Anfänge nichts mehr auszusagen weiss, sondern an der Hand des *Zweckes* u. s. w I S. 258.

una misura di tempo, ha, altresì, una dinamica dialettica ed immanente negli stessi rapporti della struttura giuridica. A questa dinamica immanente fa capo l' Jhering: egli assume i rapporti giuridici che sono quantità conosciute della giurisprudenza tradizionale e li ricostruisce, li rimaneggia e l' interpetra in *funzione*, come direbbero i matematici, della dialettica sapiente, illuminata, spontanea, auto-didascala che egli ha predicato, in anticipazione, della forza e dell' egoismo. La sua pretesa evoluzione del fine nel diritto comincia già a disegnarsi per quello che è di fatti: un'analisi vuota. In cambio del processo storico della forza e dell'egoismo, egli ce ne fornisce il processo logico attraverso quelle categorie giuridiche tipiche, definite, nelle quali la evoluzione, la vita del diritto si è mortificata e *logizzata*.

Ed è appunto perchè queste categorie giuridiche non possono dargli altro processo logico che quello che egli ama leggervi per entro, gli è appunto per questo, dico che la dottrina che egli ne trae sovra la natura formale e materiale del diritto è una ripetizione analitica dei suoi principî, anzichè una sintesi nuova.

Così il concepimento della natura formale del dritto è un atteggiamento nuovo della dialettica della *Selbstbeherrschung*. Il diritto gli si rappresenta come l' imperativo spontaneo ed interno dello Stato: il quale lo crea senza uscir fuori da sè stesso. Gl' imperativi giuridici dello Stato non sono diretti ai cittadini, ma ai poteri dello Stato stesso. L' inviolabilità del nostro dritto non ha per suo *correlatum* il dovere altrui di non violarlo, ma sì

il dovere incumbente agli organi dello Stato di rimuovere la violazione. Delle leggi dello Stato non sono i terzi il soggetto passivo: lo sono i poteri interni dello Stato, ossia lo è lo Stato stesso. Il quale trae il diritto da sè; lo impone a sè, (*Selbstbeherrschung)*, lo fa osservare da sè: il dritto individuale in questo negozio v' entra come oggetto ultimo e come risultato, non come soggetto nè come fine: soggetto e fine del diritto ed in un doppio senso, attivo e passivo, è lo Stato, lui solo (1). La logica dell' J. ne è soddisfatta: la forza trae il diritto *ex nihilo sui* e, nello affermare il dritto, afferma sempre e soprattutto sè stessa: il processo ed il fine del dritto si consuma nella cerchia dello Stato: ma, appunto perchè ne è soddisfatta la logica della sua nozione, la sua dottrina in proposito è niente altro che una dialettica circolare e vacua.

Ed attorno ad una petizione di principio si annoda altresì tutto il succo della sua teoria sulla natura materiale e sulla utilità finale del dritto. Per quanto egli presuma di trasferire l' indagine filosofica dal diritto al contenuto di esso, dalla *forma* degl'imperativi giuridici al *sottosuolo economico-sociale* ossia al fine di utilità, non resta men vero, però, che quel contenuto e quel substrato sono nulla più che il prodotto di un' analisi e di una depurazione laboriosa alla quale egli sottopone la *zavorra* (se mi si consenta di dirlo) degli stessi rapporti formolati nelle categorie della giurisprudenza: onde sono tutt' altro che una rivelazione di cosa ignorata ed ap-

(1) I. 335-338.

paiono piuttosto come una contribuzione novella a quel momento costitutivo e finale del dritto che è bello e dato nella stessa natura di fatto degl'imperativi e degli istituti giuridici. Il che emerge chiaro dalla osservazione più semplice dei risultamenti definitivi ai quali l' A. perviene.

Egli comincia dal rivendicare la possibilità di formulare questo contenuto e questo fine del diritto contro la scepsi dei relativisti puri, ai quali oppone che il criterio moderatore del diritto non è quello eminentemente assoluto della verità, ma quello eminentemente relativo del fine: onde la mobilità del contenuto giuridico non esclude la legittimità di una nozione di esso, perchè questa mobilità corrisponde ed armonizza con la natura dell'oggetto di quella nozione. La verità, termine della nostra conoscenza, è una sola: il contrasto del vero col falso è assoluto: il rapporto tra l' uno e l' altro è espresso semplicemente dal sì e dal no. Ma il fine, termine della volontà, é relativo di sua natura: la volizione o, meglio, il contenuto della volizione può essere oggi diverso che ieri, eppure, in ambo i casi, del pari retto, ossia conforme al fine. Il contenuto del diritto può essere, quindi, infinitamente diverso, deve esserlo, anzi: il dritto non è espressione d' un semplice dovere, ma di un criterio relativo di utilità (1). Posta, adunque, la legittimità di tale ricerca, l' utilità finale del dritto é riposta da lui nella garentia delle condizioni di esistenza della società. Il dritto non è poi altro che la *Selbstbehauptung* della società e dello Stato: sua

(1) I 436-444.

utilità finale è affermare, preservare l'esistenza dell'una e dell' altro (1). Come dall' egoismo individuale si passi all' egoismo sociale, l' autore l' ha già chiarito con la dialettica della *Selbstbeherrschung*: come e perchè questo egoismo sociale miri a preservarsi ed a consolidarsi, ce lo ha anticipatamente dimostrato con l' impulso che ogni essere sente di affermare sé stesso, l' impulso della *Selbstbehauptung*. La evoluzione giuridica è tutta, adunque, da capo a fondo, una dialettica dell' egoismo: una dialettica vuota, s' intende, ed a ripetizione continua.

In questa dottrina v' è la premessa utilitaria del vecchio sensualismo: v'è l' accordo intimo dell'egoismo e dell' altruismo postulato dall' eudemonismo sociale: v' è la *ipostasi*, la personificazione mitologica della società e dello Stato, tolta in prestito al romanticismo della scuola storica ed al panteismo sociale: v' è tutta una serie di postulati razionali; ma non v'è, appunto, quello ch'essa vorrebbe darci: l' utilità finale del dritto.

La elasticità nativa di quel termine — condizioni di esistenza — attesta chiaramente che il processo adoprato dall' A. nello interrogare le forme vitali del dritto è un processo puramente concettuale ed astratto. La piena indifferenza di quella formola ci ammonisce che le differenze specifiche del dritto si sono perdute per via e che la sua investigazione è un'analisi logica di certe formule e di certi principî belli e dati altronde, anzichè una sintesi spontanea e dedotta *ex novo* dalle viscere della vita del diritto.

(1) I. 445 e seg.

Di già quell' assunto di sorprendere e di formulare il fine del dritto, mediante la ricerca del processo fenomenico del diritto stesso, il quale assunto all' A. deve essere stato suggerito dalla sua fede veramente cieca nel determinismo sociale, è una impresa speculativa, quant' altra mai, dubbia e pericolosa. L' ipotesi di una congruenza necessaria del motivo dell'azione col fine di quella, o, che è tutt'uno, del fatto della storia con la idea che vi presiede, di quello che sarebbe dovuto essere con quello che è stato, è una ipotesi infondata: eppure, senza tener per vera questa ipotesi, una ricerca fenomenologica del fine del diritto non avrebbe costrutto. L' operosità umana, in qualunque campo si spieghi e di qualunque ordine sia, giuridico ovvero economico, procede in tal guisa che i suoi effetti, i suoi risultati finali, divergono quasi sempre ed in doppio senso, cioè a dire superandoli o rimanendo da meno, dai suoi motivi originarï. Lo sviluppo empirico delle istituzioni morali e giuridiche è governato da quella che il Wundt denomina - legge di *eterogenia* dei *fini* (1):

(1) Mit diesem Namen (Heterogonie der Zwecke) wollen wir die allgemeine Erfahrung bezeichnen, dass in dem gesammten Umfang menschlicher Willenshandlungen die Bethätigungen des Willens immer in der Weise erfolgen, dass die Effecte der Handlungen mehr oder weniger weit über die ursprünglichen Willensmotive hinausreichen (*l' A. non tien conto dell' altro aspetto per cui gli effetti rimangono spesso al disotto dei motivi*) und dass hierdurch für künftige Handlungen *neue* Motive entstehen die abermals neue Effecte mit ähnlichen Folgen hervorbringen.... Es geht aus demselben (Gesetze) hervor wie falsch man die sittliche Entwicklung auffasst, wenn man, wie es so oft geschieht, annimmt dass Zweck und Motiv einander congruent seien u. s. w. Ethik S. 231.

presumere e voler trovare, ad ogni costo, in questo sviluppo la espressione, la formula di un fine unico ed omogeneo (e di un fine, si badi, empirico ossia storico e sperimentale) è voler trasferire nel mondo della esperienza i postulati della dialettica. La metafisica, che si dispetta così a sproposito, ha sempre riprovato quello spirito di sistema che contorce e convelle nelle angustie di una categoria prestabilita la vita ed il moto della storia. E ciò perchè la metafisica ha tenuto nettamente distinte la sfera della speculazione e quella della esperienza e della storia, evitando, ad un tempo solo, così la invasione della storia nel problema speculativo, come la inframmessa del problema speculativo nella storia. La realtà è quasi sempre più ricca o, meglio, più differenziata che la teoria, la quale si lusinga di formularla *a priori*. La vita ha una dialettica ed una sintesi potente che non coincide con la logica del pensiero. Il qual pensiero non ci darà, quindi, l' unità del fine del diritto in tutte le condizioni del tempo e dello spazio; per necessità o difettività di metodo, esso si fermerà sovra un dritto storico dato, assumendolo come unità tipica dei dritti storici e dei dritti possibili: e questo tipo sarà per l' J., per l' eminente autore del *Geist des Römischen Rechts,* il dritto romano: traccerà un' analisi del contenuto superficiale che emerge dai singoli istituti e dopo ciò esso si lusingherà di aver tocca la meta, solo perchè non resta altro che scambiare quel dritto con tutti i dritti e quel contenuto superficiale con la vera sostanza.

Gli è così che l'Jhering converte il fine oggettivo del dritto con quello che la *scuola* chiamava, un tempo, la razionalità degli istituti giuridici: ed anzichè fornirci un prodotto originale, riespone o parafrasa la *mens legis,* immedesimandola *a priori* col preteso fine della evoluzione giuridica. L' A. stesso è condotto, talora, a confessare indirettamente che il suo *fine del dritto* è nulla più che l'equivalente ideologico del contenuto razionale radicato nelle leggi: ed in parecchi luoghi ci parla di una dialettica formale, di un processo del *concetto* del fine che dà, forse e senza forse, dei punti alla dialettica trionfale dell'Idea Hegeliana e che è certo tutt'altra cosa dal processo reale del fine che noi ci aspettavamo da lui (1): come s'egli stesso fosse

(1) « Die Betrachtung der drei Richtungen der egoistischen Selbstbehauptung hat uns nicht bloss die Hauptzwecke des individuellen, auf sich selbst bezogenen, Daseins, sondern in ihnen zugleich die praktische Triebkraft des *Zwekbegriffs* vor Augen geführt. Unaufhaltsam drängt derselbe weiter von einem Begriff zum andern: von dem Person zùm Vermögen, von beiden zum Recht, von Recht zum Staat; — es ist kein Halten in dieser Evolution des *Zweckgedankens* bis die höchste Spitze erreicht ist. » I 75-76.

« Ich werde im folgenden den Versuch machen die beiden Begriffe Staat und Recht bis auf ihre ersten begrifflichen Anfänge zu verfolgen und.... die Genesis derselben, wie sie sich aus der praktischen Triebkraft des *Zweckbegriffs* mit Nothwendigkeit ergibt, darzulegen versuchen. U. s. w. » I 237· « Ich liefere damit (mit der Entwicklungsgeschichte der römischen Obligation) was ich geben muss: die innerliche *Begriffsentwicklung* des complsiven Zwanges beim Vertrag. — Begriff und Geschichte bewegen sich vollständig parallel » I 269-270.

Altrove è definito il suo compito « die Aufgabe, die Ein-

persuaso che è più facile postulare, senz' altro, una dialettica trascendentale, che argomentarne una sperimentale dalla storia.

Senza dubbio, la nozione dell' interesse e del fine traduce nel campo della filosofia del dritto un elemento nuovo, per certi rispetti, e degno di esame. Dirò anzi che essa è fondamentale nella fenomenologia della coscienza morale e giuridica, e come tale, fu troppo messa in non cale dal razionalismo Kantiano, per aborrimento del motivo empirico, e dalle scuole panteistiche (cito tra queste la scuola storica) per la esclusione che esse han fatto del momento individuale e volitivo dal determinismo sociale. Come l'Hartmann ha il merito di avere illustrato questo elemento nella filosofia, così l'Jhering nella filosofia del dritto. *Kein Wollen ohne Zweck:* e disse già la *scuola* che ogni ente intelligente opera per un fine. È una verità questa molto nota ed è anche opportuno ritorcerla contro l'abusato autonomismo del volere Kantiano: il quale, come è noto, è analitico e *causa-sui*. L' azione è morale, per quel grande filosofo, unicamente per la stima della legge come tale ed indipendentemente da ogni fine dell'azione e da ogni contenuto della legge. Volere buono è

heitlichkeit und Continuität in der begrifflichen Entwicklung des *Zwangbegriffes* in der bürgerlichen Gesellschaft von seinem ersten Ansätzen im Individuum bis zu seinem endlichen Abschluss in Staat und Recht zur Anschauung zu bringen. I 292. E non finiremmo, se volessimo esaurire la serie delle citazioni consimili. Del resto, più che le parole, dimostrano il mio assunto i fatti, cioè lo stesso contenuto e la stessa tessitura dell' opera dell' Jhering.

il volere la cui massima è sempre e soprattutto il volere in quanto volere. A questo vuoto giudizio d'identità in che si riassume la morale Kantiana, la quale mortifica, per volerla depurare, la sostanza stessa del volere, è bene opporre che la volontà in sè, come forma pura e vuota di ogni determinazione positiva, è un mito della ragione pura, non un dettato della psicologia empirica, nè della stessa psicologia razionale. Ma l'Jhering non si tien pago di ciò. Egli pure, per via opposta, elimina la volontà, a forza di volerla determinare e materializzare troppo, e alla volontà sostituisce la nozione del fine. Egli immedesima il fenomeno psicologico della determinazione volitiva con la condizione di esso, l'interesse, la *Selbstbehauptung*. Egli confonde il criterio etico della volontà, come facoltà autonoma del soggetto, col criterio fisiologico e meccanico del motivo empirico. Egli dimentica, soprattutto, che la volontà dello agente non può esser mai un puro recipiente meccanico di un fine sceso d'altronde, obbiettivo, trascendentale, dialettico, e che il fine, qualunque si sia, si radica sempre in una vocazione primitiva e soggettiva dello stesso volere. Il concetto supremo, il *Grundbegriff* delle scienze morali, non è tanto l'interesse ed il fine di utilità, quanto la volontà che si determina pel fine e che mira all'appagamento dell'interesse e mira, s'intende, dopo esserselo proposto. Soggetto attivo, unico e solo, nel mondo morale è il volere (1).

(1) Der Zweck für sich ist für das Reich der Freiheit keine *produktive* Potenz u. s. w. — *Kühnast* — Kr. mod. Rechts-

Quando si ponga l' interesse ed il principio di utilità, l' egoismo e la forza a principio supremo ed assoluto della fenomenologia del diritto, lo stesso ordine giuridico esistente diventa pel filosofo realista un indovinello insolubile (1).

Chè, neanche gli artifizi della dialettica valgono a metterlo in grado di risolverlo. Il trapasso dal criterio di utilità alla norma di diritto, dalla forza alla giustizia ordinata, non è meno arduo, nè, dato il supposto, meno assurdo, che non sia il trapasso dal sè al fuori di sè per l' empirismo scettico o per un idealista empirico della scuola del Berkeley. L' espediente escogitato dall' Jhering (nè da lui solo, nè da lui primo, perchè la dialettica dell' utilitarismo è di vecchia data), la *Selbstbeherrschung* dell'egoismo e della forza, è una ipotesi che dev' essergli nata in mente pel fatto dell' aver egli anticipatamente apposto alla forza le note del diritto. La forza e l' egoismo, impliciti tuttora nelle impressioni presenti, non ponno dominare sè stessi, perchè non posseggono l' intuito prospettivo e rappresentativo della maggiore utilità possibile nell' avvenire. L' interesse, come tale, non ha gli occhi di lince: senza dire che i motivi prossimi esercitano sopra di esso un influsso di gran lunga più possente che non i motivi prospet-

phil. (Berlin 87) S. 34-35. Vedine la critica sagace che fa dell' Jhering da pag. 25 a pag. 49 ed in specie, ribadendo i sani concetti del Windscheid, da pag. 34 a 41.

(1) Parrebbe averlo confessato lo stesso A « Wer kein weiteres Motiv des menschlichen Handelns kennt als den Egoismus, dem bietet das menschliche Leben unlösbare Räthsel » I 47.

tivi. La *Selbst-beherrschung* presuppone, quindi, un dominio, una inibizione dei moti impulsivi, una grande virtù di preveggenza e di moderazione, una maturità di potere rappresentativo negli stati di coscienza; onde supporne la presenza nelle prime fasi della evoluzione giuridica è formulare un sovrano paradosso psicologico. La forza, che, per una utile anticipazione del futuro, frena sè stessa, ha già, con quell' anticipazione e con quel freno, varcata la sua sfera di forza: e va da sè che, per fare quel varco, ha dovuto avere una spinta ed un aiuto altronde che da sè stessa. L' uomo si discerne dall' animale per quest' anticipazione del futuro, ma l' uomo come ragione, non come forza. Evidentemente la forza spreme il diritto dal suo fondo, solo perchè l' Jhering predica della forza le attribuzioni che sono universalmente riconosciute al dritto. Egli discerne ad es: una forza direi quasi razionale e che serba fede al diritto da una forza arbitraria che lo viola: e chiama la prima — *Gewalt* — e la seconda *Macht* o *Willkühr* (1).

Cosi l' A. si trae di leggieri d' impaccio, giuocando con questi due termini ed apponendo al secondo le difettività del primo. Ce n' è d' avanzo per persuaderci come egli abbia già in anticipazione risoluto il contrasto della forza e del dritto con una nozione dialettica, con una forza-dritto, con la *Gewalt*. Sotto questo aspetto, la sua teoria è analitica e vuota: tutto il suo contenuto si formula nel puro giudizio d' identità; A = A. Resta sempre aperto il proble-

(1) I 239, 245 e passim.

ma: come si passa, adunque, dalla forza come forza, ossia dalla forza bruta, al diritto come diritto? Che se si ammetta, per un momento, che questa spontanea fuori-uscita del diritto dalla forza sia qualcosa più che una petizione di principio, ebbene ciò non giova a risolvere il quesito: il dritto nasce con questo, ma non è detto come e perchè si conservi. La forza che ha riconosciuto oggi una norma che faceva il suo tornaconto, può non riconoscerla domani che il conto non le torna più. Per professare altrimenti, bisogna che l'J sconosca quella relatività dell' utile che egli stesso ha predicato. Dire che la forza, ciò facendo, si ponga di per sè dal lato del torto e cessi di essere forza per diventare arbitrio è (e parlo sempre nei limiti ipotetici dell' assunto dell' A) è dire cosa infondata. Se causa efficiente della *Selbstbeherrschung*, e quindi della norma giuridica, non è stato un principio assoluto di giustizia, ma un principio relativo di utilità personale, non saprebbe vedersi perchè sia arbitrario un procedimento che associa alla mobilità della causa e del criterio la mobilità dell'effetto e dell' azione. L'arbitrario, o v' era fin da prima o non v' è mai, neanche dopo. La *Selbstbeherrschung* è un atto privato, sarei per dire monastico, che si consuma nella cerchia del soggetto, e non già un atto contrattuale: la particella *Selbst* lo dice chiaramente.

Che se si voglia ravvisare la qualifica contrattuale nella utilità possibile offerta, quasi come equivalente, dalla forza minore conservata o tollerata, si pensi, adunque, che la forza maggiore ha tutto il buon dritto di denunciare alla minore la tregua

accordatale, tutte le volte che le *pare* che quel possibile non sia viceversa un reale. E dico — pare — perchè giudice competente ed inappellabile della presenza o meno del *suo* tornaconto non è altri che *lei* stessa. Resta, adunque, che la norma protettiva della coesistenza giuridica si concepisca come resolubile a beneplacito da un diniego posteriore della forza. La quale potrebbe pure, ed a buon dritto secondo la logica del pensiero di Jhering, far valere in suo favore che, dopo tutto, quel ch' ella fa è la cosa più ragionevole e sensata di questo mondo; che essa ha avuta tanta bonomia da cedere un vantaggio reale per un equivalente problematico e che, al trar dei conti, si è appalesato per un artifizio menzognero del debole: bando, adunque, alle sopraffazioni: non le si dà nulla in ricambio ed essa ritoglie quello che ha concesso fin qui: dopo tutto, la meglio non è la sua, è di quell'altro che ha goduto per tanto tempo un privilegio che non gli toccava! La forza di Jhering sarebbe più fine, più *loica* del lupo Esopiano: e si piglierebbe il gusto matto non solo di opprimere, ma di simulare a sua volta l'oppressa, atteggiandosi a vittima, tardi, ahimè! troppo tardi vendicata!

Dall' errore di ravvisare nella *Selbstbeherrschung* della forza la fonte produttiva del dritto e, s' intende, del dritto fenomenico (perchè noi, si badi, vogliamo qui contenerci nei limiti dell'assunto dell'A) ci rende guardinghi la più semplice ed elementare nozione del dritto storico e positivo. Il quale, anzichè il prodotto di questo freno spontaneo della forza, della *Gewalt*, è la risultante di un

compromesso fra le due parti (1). Il dritto è bilaterale di sua natura. La *lex* è il patto in che convengono i *paterfamilias* adunati a comizio. Il contrattualismo del dritto naturale, se è erroneo nel rispetto etico e normativo, non lo è più nel rispetto fenomenologico: l'archeologia giuridica, la quale ha chiarito l'origine e la significazione contrattuale della *lex,* (fonte tipica, se non del tutto originaria, di dritto presso i popoli nei quali la evoluzione giuridica ha toccato la piena maturità) è venuta in buon punto a riabilitarlo. La *sententia judicis,* poi, che è la fonte originaria del dritto, presuppone già l'istituzione di un certo ordinamento e di una certa gerarchia sociale, che, a volta loro, sarebbero inconcepibili, ove le sorti del gruppo sociale fossero decise da una sottile matematica della forza. Se poi si riporti la *Selbst-Beherrschung* al periodo preistorico ed *ex lege* dell'umanità, allora farebbero difetto le condizioni psicologiche, dianzi menzionate, perchè quell'atto della forza abbia luogo: senza dire che, data l'indole tuttora problematica di quel periodo preistorico e la nessuna possibilità di esplorarlo con rigore scientifico, una qualsiasi dottrina che desumesse le sue prove ed i suoi argomenti da esso sarebbe nulla più che un salto nel buio.

La storia ci fornisce, talora, qualche esempio in cui la limitazione di una forza sociale è produttiva, indirettamente, di un certo riconoscimento di dritti in favore di forze minori coesistenti: ma, anzitutto

(1) A. *Thon* — Der Rechtsbegriff (*Grünhut*'s Zeitschr: VII, 240-241.

quegli esempî sono pochi ed attinenti a periodi derivati e maturi, non a fasi originarie e genetiche della formazione giuridica, ed oltracciò quegli stessi esempi dánno chiaramente a divedere che mai quella limitazione è spontanea e preordinata dal calcolo mercantile, dalla raffinatezza egoistica della stessa forza che ne è passiva. Di già, quel voler trovare in tutti gli atti volitivi le tracce d' una intenzione calcolata e deliberatamente meditata, è un ricorso, più che mai inopportuno, di quel leggero e superficiale pragmatismo del secolo scorso. Ma, ponendo da parte questo argomento psicologico, è bene osservare che, se una forza data in dati momenti della storia è addivenuta al risoluto proposito di recedere dalle sue pretese antigiuridiche, ciò lo ha fatto, solo quando e perchè ha esperimentato che la forza avversa era o minacciava di essere maggiore di lei: epperò meglio sarebbe, in tali casi particolari, (se pur si voglia ad ogni costo costringere la storia nella formula angusta di un rapporto meccanico di forze) meglio, dico, sarebbe diffinire il dritto come una rinuncia forzata della forza. I dritti dell' uomo non furono un legato spontaneo della regalità, dell'aristocrazia e del clero, le quali forze, anzi, rinunciarono ai loro privilegi sotto la pressura delle violenze del terzo stato. Il dritto non era, in tal caso, spremuto dalla forza, ma dalla indigenza di una forza che aveva esaurito la sua missione storica e che perciò, dato il *punto di vista* empirico e meccanico dell'A, era divenuta debolezza. Senza dire, per altro, che questi fenomeni di limitazione di una forza sociale sono sì rari che non è dato

ripetere da essi non che la genesi, neanche la natura di fatto, del dritto, senza cadere nel solito sofisma d' inferire da esperienze particolari una legge universale.

È chiaro, adunque, che il trapasso della forza al dritto resta, nella dottrina dell' J., come esigenza insoddisfatta. E pare che tocchi, pur troppo, la stessa sorte a quel suo concetto dell' ufficio reale e della utilità finale del dritto: alla presunta garentia delle condizioni di esistenza sociale. Nella realtà delle cose, infatti, il dritto positivo e fenomenico non garentisce le condizioni di esistenza oggettive e neanche quelle *rappresentate* o credute tali dai poteri dominanti (come dice l' Jhering, (1) a prevenire l' obbiezione che si potrebbe indirizzare alla sua dottrina, ove egli avesse prescelto di conferirle un significato di determinismo oggettivo) ma sì le condizioni di esistenza rappresentate e *volute* delle classi dirigenti. Ora nessuno potrebbe dire che queste ultime abbiano sempre (e si noti che senza quel « sempre » la universalità del concetto dell' A. non avrebbe più costrutto) dico sempre voluto garentire le *vere* condizioni di esistenza sociale; che non abbiano mai misurate le condizioni di esistenza del gruppo col criterio del loro tornaconto personale ed oligarchico, e fornita garentia del pari a tutte, e non soltanto a quelle che coincidevano, o davano sicurtà di coincidere, con quel tornaconto. Chi perviene a tali conclusioni di ordine universale trascende inconsultamente la portata dell' esperienza e della storia, il

(1) I 448-450.

cui responso è sempre d'ordine particolare e relativo. L'intelletto delle classi dirigenti, quando si rappresenta le condizioni di esistenza sociale, non procede esclusivamente sulle rotaie della logica, ma soggiace all'influsso della volontà; la filosofia tradizionale diceva ancor meglio, delle passioni: o almeno, se non vi soggiace del tutto, nessuno può dire che non vi soggiaccia punto. Dall' J., che ha tolto dallo Schopenhauer quel suo concepimento *volontista* della fenomenologia umana e sociale, era logico e giusto aspettarsi che avesse desunto dal maestro anche quella serie di vedute unilaterali ed intemperanti proposte da quello sul rapporto della volontà con le potenze rappresentative. E parrebbe quindi, o sarebbe parso, che compito del critico era piuttosto di deplorare una esagerazione che un difetto: esagerazione, dico, che pareva doversi tanto più lamentare in una dottrina che, per essere determinista, sottraeva logicamente quella volontà e quelle passioni ad ogni responsabilità morale. La nostra aspettazione logica è, in quella vece, invertita: e ci troviamo di fronte non già al pessimismo, ossia al portato conseguente di una teoria della forza, ma ad un ottimismo abusato che non esito a reputare più periglioso del primo, come quello che legittima e deifica la forza e l'interesse, concependo l'una e l'altro come strumento di un' arcana teologia della storia, e che soffoca nell'anima quel senso della manchevolezza e del dolore che, in difetto di altri motivi, è pur sempre il *punctum pruriens* della coscienza morale.

La verità si è che il dritto positivo può esser viziato non solo da errori, ma anche da colpe: e

che l' esperienza c' insegna a diffidare di questa romantica e fantasiosa dialettica dell' egoismo degli uni con quello degli altri e di questa mitologica utopia della infallibilità umana e della bontà connaturata, tanto gradita al vecchio ed al nuovo umanitarismo. Proporre l' eudemonismo sociale a meta finale del dritto fenomenico è contraddire apertamente la storia, la quale insegna che la evoluzione del dritto, come quella della umanità, è un processo di disinganni, di dolori, di risultati che non corrispondono ai motivi, di esperienze tradite dal successo, di utilità individuali o collettive immolate sempre, oggi ad un' ideale, domani ad un sofisma o ad una aberrazione « *Ieder Fortschritt der Cultur überhaupt und des Rechtes insbesondere,* osserva egregiamente il Lasson, *schafft neue Unlust für ganze Generationen: wollte man bloss auf den Zweck der Lust sehen, so würde man an dem Altgewohnten, sei es auch noch so barbarisch, niemals ändern dürfen. Dass das Recht mit seiner Feindseligkeit gegen Wohl und Behagen, Gelüsten und Begehren der individuen thatsächlich besteht, ist an sich schon die kräftigste Widerlegung alles Eudämonismus und Utilitarismus* » (1). — La storia, pur troppo, non s' interpetra con questi criterî mercantili. Guai se così fosse! Inetta a saziare quel desiderio inesauribile di felicità che è in noi, essa apparirebbe allora a quel giudice fiero, *loico,* inesorabile che è il nostro egoismo, quale apparve a Macbeth.

. . . . *a tale*
Told by an idiot . . . . . .

(1) System der Rechtsphilosophie S. 218.

Il fine dell' utile e della conservazione dell' esistenza individuale è sempre un fenomeno accidentale nella economia dell' universo: ora tutto ciò che è accidentale, è mobile ed effimero, è materia servile della storia, la quale vi passa sopra, badando ad altro. Quello che è di eterno nella storia non è il fenomeno, è l' Idea. L' unico, il solo eudemonismo suscettivo di prove storiche sarebbe l' eudemonismo della giustizia, quell' utile, cioè, che segue dal giusto e che è piuttosto il premio insperato di una rinuncia spontanea al proprio egoismo, anzichè l' effetto voluto e meditato di una ricerca di esso. Perchè il giusto ha questo di proprio che è utile, necessariamente utile a sua volta: se dire « questa cosa è utile, dunque è giusta » è un grave errore, è invece una verità sovrana dire « questa cosa è giusta, dunque è utile ad un tempo. » Epperò la esperienza della storia e quella della nostra coscienza interiore c' insegnano tuttodì a non proporre mai l' utile come meta della condotta: cercate il giusto, dicono l' una e l' altra, l' utile verrà da sè. L' utile, se non è il risultato necessario ed universale del dritto positivo, lo è del dritto naturale, del giusto in sè. L' eudemonismo è, quindi, una formula legittima nella etica e nella teodicea, mai nella fenomenologia.

La presenza del dolore nella evoluzione giuridica è dovuta precisamente all' assenza o alla non piena presenza del dritto naturale. Volgiamoci, adunque, a questo se vogliamo essere utilitarî ed egoisti davvero: perchè il giorno in cui esso regnasse nelle leggi, negl' istituti e quel che è più, nelle azioni dell' uomo, quel giorno l' eudemonismo po-

trebbe intonare l'*jo triumphe.* — Nella sfera del giusto in sè, come in quella del bene in sè, il dovere armonizza col piacere. A questa sovrana dialettica rivelata dalla metafisica cristiana si dee far ritorno, se si vuole quel successo che è vano attendere altronde e che la fenomenologia non può toccare giammai.

§. 2.° Il principio della *ragione* nel dritto — **F. Dahn.**

F. Dahn segna il reciso contrasto dell' Jhering: la sua dottrina è un ritorno al romanticismo della scuola storica. Di vocazione non filosofo e neanche propriamente giurista, ma novellatore di leggende, romanziere, e poeta, egli trasmette nella sua dottrina del dritto quel senso mistico delle cose, quell' intuito spirituale dell' inconscio e del misterioso nella natura e nella storia, quella trasfigurazione ideale della realtà che formano i caratteri precipui del concepimento poetico, di quello, in specie, che si sorregge sovra una intuizione panteistica dell' universo.

Nel libro « *Die Vernunft im Recht* » egli rimprovera all' Jhering di aver passato i limiti in quella sua dottrina della lotta e della forza, in quel suo porre a formola del diritto il momento volitivo e finale, mettendo del tutto in non cale la forza pacifica e pur latentemente operosa del convincimento razionale (1). Per tener dietro all' apparato coattivo esteriore delle norme giuridiche, l' Jhering

(1) Die Vernunft im Recht. Grundlage einer Rechtsphilosophie (Berlin 1889.) I. 48.

ne sconosce la radice ideale, la causalità interiore, la necessità razionale, la *Vernunftnothwendigkeit* (1). Egli ha il torto di concepire lo *Zweck* come fine voluto e prefisso dello sviluppo sociale: il che contrasta al criterio storico che insegna come nell' inizio della evoluzione sociale domini l'inconsciente. Che se, per avventura, egli aderisce a questa psicologia dell' inconscio, gli si può opporre che egli non coglie, per altro, le forme coscienti in cui si travestono e, come a dire, si dissimulano i fattori reali della evoluzione operanti inconsciamente nel fondo dell' anima popolare (2). In vero, i bisogni e gl' interessi individuali hanno non poca parte nella formazione del diritto, ma quella parte la spiegano dietro le quinte. Essi, quei bisogni e quegl' interessi, non si riflettono o si travasano nell' anima popolare in quel loro essere nudo e brutale, ma vengono da quella rappresentati e trasfigurati, con intimo e misterioso lavorìo che li depura e l' idealizza. Non il solo bisogno della garentia degli interessi o dello scambio dei prodotti dà ragion di essere al dritto, ma un bisogno del pensiero: *das Recht ist zwar eine Nothpraxis, aber es ist auch eine Vernunfttheorie.* esso è una logica, ma una logica concreta ed immanente nella società, e relativa perchè conforme all' individualità storica della società medesima (3). Il diritto non è forza (*Gewalt*) ma ragione: attiva senza dubbio, e che scende in campo contro le re-

(1) Ibid. S. 34.
(2) 34 e segg.
(3) 27-28.

sistenze che si oppongono, ma ragione sempre: e, se fonte produttiva e conservativa del dritto dev'essere a tutti i costi la forza coattiva, si assuma per tale la forza della ragione *(Vernunftzwang)* (1). Che la forza produca il diritto, non è punto vero: meglio è dire che il dritto è forza in sè e per sè, e che la ragione è forza ad un tempo. Il dritto ha una forza ed una causalità autonoma interiore; la *opinio necessitatis*. (2)

Questa causalità razionale del dritto non è un termine vago e sentimentale, un sinonimo, suppergiù, del *Rechtsgefühl*, del sentimento del diritto, ma segna, invece, una logica limpida e stringente e più vicina alla matematica che al sentimento (3).

L' uomo è da natura soggetto di dritto, perchè è da natura soggetto di ragione: perchè egli ha la virtù di *pensare* il dritto e si sente colpito nel più vivo del cuore, ove i rapporti dello scambio sociale non sieno governati dalla ragione (4). Radice ideale del dritto, sua forza impulsiva, suo *ubi consistam* è la stessa legge fondamentale della conoscenza umana: la legge della sussunzione necessaria del particolare nell' universale. Sostanza e fondamento del diritto, suo *perchè* e suo *donde* ad un tempo, è la sussunzione dei particolari, ossia dei rapporti sociali, sotto un universale razionale. Il diritto è il prodotto del bisogno logico che punge l'umanità di sussumere i rap-

(1) I. 63.
(2) I. 89-93.
(3) S. 81.
(4) S. 164.

porti giuridici nella unità, nella categoria più alta che li contiene (1). Il torto, l'ingiusto è una sussunzione sbagliata nel campo del dritto: *das Unrecht ist Unlogisch. Das Recht ist die Abweisung des Unlogischen* u. s. w. (2).

Adunque, momento costitutivo, formola sintetica del diritto è, per il Dahn, la *Vernunft* o la *Vernunftnothwendigkeit*, la ragione o la necessità razionale. È un principio, come si vede, d'indole trascendentale, ma pur sempre realista: la *ragione* è immanente nell'ordine giuridico che esiste di fatto. Questa ragione non è una norma imperativa o un criterio moderatore del dritto positivo: è la sua causa efficiente, la sua legge naturale di esistenza e di sviluppo. L'A. confessa apertamente la sua vocazione panteistica in quella medesimezza sostanziale, che egli rivendica, del reale e dell'ideale, del dritto e della forza, della ragione e della coazione. La sua dottrina è una esplicita negazione del dualismo del dritto naturale e del dritto positivo. Resta solo a vedere se questa *Vernunft* soddisfi pienamente al problema della fenomenologia e se sia un principio semplice, atto a formolare e semplificare i momenti e le fasi costitutive del dritto fenomenico.

L'A. addimostra di non possedere una nozione limpida precisa, definita, scientificamente rigorosa di questa sua formola prediletta.

(1) Bausteine=Gesammelte kl: Schriften 4a Reihe 1⁰ schicht (Berlin 1883) I. 36-151.

(2) Die Vernunft. S. 13.

La *ragione*, è anzi, un termine vaghissimo e proteiforme. Ora ha un contenuto determinato e ci si presenta come forza reale ed attiva dello spirito popolare, forza operosa come causa efficiente non come fine, sinonimo superfluo della *coscienza popolare* della scuola storica: ora è una pura forma concettuale, vuota di contenuto determinato e di significazione oggettiva, e l' A. ce la rappresenta come una formula nuova della *opinio necessitatis*, ossia della forma pura ed universale di ogni ordine di rapporti doverosi: ora è una semplice legge e un semplice processo della logica, o meglio una delle forme di quell' unica legge e di quell'unico processo che governa la conoscenza umana e che la sospinge con vicenda progressiva dal particolare all' universale, dal fenomeno alla legge. La *Vernunft* del Dahn è una rappresentazione che non è salita ancora al grado di concetto. Essa ha, in un punto, un significato demo-psicologico; in un altro, un significato ideologico; in un terzo, un significato logico: senza che l' A. abbia voluto o saputo dirci, come questi tre momenti divergenti convergano a formare una nozione sola. La confusione è resa più grave dal fatto del non serbar egli sempre fede al suo assunto. Così, dopo di aver rinunciato *a priori*, con la sua dialettica del reale o dell'ideale, alla filosofia, non resiste alla tentazione di trasferirne i postulati nel campo della fenomenologia. Egli impugna, ad esempio, la teoria della forza di Jhering in nome del concetto etico del diritto (1): e non si avvede che l' *ethos*, o è

(1) Die Vernunft. S. 34-36.

AGUILAR SEVI...

ideale e trascende la realtà di fatto, ed allora rientra nella filosofia dualista, o è immanente nella realtà stessa, ed allora è una nuova terminologia della forza, non una entità diversa da questa. Tale incertezza di criterî si spiega facilmente, quando si pensi che il pensiero del Dahn, non che maturarsi con un lavorio di riflessione deliberata, si è venuto gradualmente formulando sotto l'impulso occasionale della critica e della polemica contro l'Jhering. Come il *fine* di questo ultimo, è il risultato di una dialettica la quale si propone di ridurre e di spiegare nelle angustie dell' egoismo la varietà dei motivi finali della condotta giuridica, così la ragione del Dahn è il risultato di una dialettica inversa, che si propone di ridurre la varietà dei coefficienti causali del diritto nell' unità del coefficiente razionale. Dialettica, in verità, molto facile; perchè la fenomenologia della coscienza giuridica ha due facce, ed il Dahn non doveva fare altro che fermare lo sguardo su quella delle due che era sfuggita all' avversario!

Si assuma, ad ogni modo, questa *Vernunft* in ciascuno dei tre significati possibili menzionati più su. Adempie essa, se non in tutti, almeno in taluno di essi, l' assunto dell' A.?

Come forza psicologica dell'anima popolare, essa è un principio difettivo, del pari che la *coscienza popolare* della scuola storica (1). Coscienza e ragione

(1) Egregiamente si esprime in proposito il *Rümelin*.... Es zeigt sich damit dass dieselbe Wissenschaft (die geschichtliche Rechtsschule, *s' intende*) die sich ihrer logischen Stärke, ihrer klaren und präcisen Begriffe mit besonderem, nicht unberechtigtem Stolze su rühmen pflegt, ihre letzte Stütze und Beglaubigung aus dem nebelhaftesten Elemente unseres Seelen-

sono pure fonti psicologiche che rispondono al *quia* e non al *quid*, al *woher* e non al *was*. Ma quale è, adunque, il contenuto di questa coscienza? quale il termine obbiettivo cui tende questa ragione? La scuola storica ed il Dahn rispondono a coro « il dritto stesso » e così cadono in un circolo vizioso, dando per risolto quello appunto che è da risolvere. Quando vogliono spiegare il dritto fanno appello alla *coscienza popolare* o alla *ragione*, quando la *coscienza popolare* e la *ragione* fanno appello al dritto! (1).

Come forma puramente ideologica del dritto, ossia come *opinio necessitatis*, la *Vernunft* è, del pa-

lebens, aus einem Gefühle, welches sich einer weiteren Erklärung entziehe, ableiten soll — » Ueber das Rechtsgefühl=nei — Reden u. Aufsätze — (Tübingen 1875) S. 63 — Il subiettivismo e, sarei per dire, l' indifferentismo della *Volksbewusstsein* fu colto altresì dal *Geyer*. (Ubersicht über die Gesch: der Rechts — u. — Staatsphilos: in der Holtz: Encykl: V Aufl: S. 82) ed in maniera veramente mirabile dall' *Ahrens* « Die Lehre vom Volksbewusstsein oder Volksgeiste, als der Quelle des Rechts, hat den sachlichen Grund, die wahrhaft objective. — Quelle des Rechts ebenso wenig aufgedecht als die subjectiven Naturrechtstheorien. Das Volksbewusstsein ist nur eine Verallgemeinerung des Individualbewusstseins, und selbst wenn man den Volksgeist als eine lebendige, von den Individuen unterschiedene Realität auffassen wollte, so würde auch dadurch nur eine höhere Sphäre realer Persônlichkeit, aber kein höheres objectives Princip gewonnen werden. U. s. w. » Naturrecht.. S: 175.

(1) Il circolo vizioso è visibile, anche nella tessitura delle parole, in questa definizione del Puchta « Das *Recht* ist eine gemeinsame Ueberzeugung der in *rechtlicher* Gemeinschaft stehenden » (Pandekten pgf. 10) — che l' A. avrebbe potuto rendere più breve dicendo semplicemente così « Das Recht ist... das Recht » di che nessuno dubitava!

ri, un motivo vuoto ed indifferente. Che ogni istituto giuridico lasci ravvisare in sè quella forma, che senza quella necessità morale il dritto cessi di essere dritto e diventi forza bruta, è verissimo; ma in una dottrina come quella del Dahn ciò non basta. Quale è il fondamento razionale di questa *opinio necessitatis?* E quale il criterio morale che la modera? E, contenendo l' assunto nei limiti dell' empirismo, quale è la legge di fatto che ne assicura che la *opinio necessitatis* di tanti soggetti differenti converga ad unico centro, ad una identica e comune necessità giuridica? Eppure, senza una legge cosiffatta, quella necessità rimane una opinio, una *doxa*, un termine accidentale e psicologico, insuscettivo di sintesi scientifica. Un principio più vuoto che mai è poi la *Vernunft im Recht,* quando la si concepisce come varietà logica di quella legge della conoscenza che importa la sussunzione del particolare nell' universale. La sussunzione è un procedimento della logica formale che non ha contenuto, ma lo presuppone. Sussunzione! va bene: ma noi cerchiamo di sapere l' universale nel quale vanno sussunti i particolari, e questo universale non può esser dato dalla sussunzione stessa, la quale è inconcepibile senza di esso. Ed appunto perchè la sussunzione è un processo della logica formale, il non giusto come il non vero ed il non bello non sono punto sinonimo di non logico. Il torto ha una logica formale non meno rigorosa del giusto. È la logica materiale, ossia la fallacia del contenuto obbiettivo, quello che lo vizia, che lo fa essere torto. Evidentemente il Dahn presta alle esigenze della logica un contenuto ma-

teriale: egli realizza, come gli Hegeliani, la logica, la trasmuta in ontologia! Non vale dire che il dritto, essendo relativo a creature razionali, vuol essere razionale anch' esso e procedere coi dettami della logica. Perchè il predicato di razionale è, in tal caso, o un pleonasmo o una restrizione. Un pleonasmo perchè la razionalità si sottintende di ogni ordine, conoscitivo o reale, di cose attinenti all' uomo, e, come sottinteso, non va espresso (1): ed una restrizione, perchè il dritto non è una funzione semplice della ragione, meno che mai della ragione concepita come sistema di logica formale, ma una funzione complessa della creatura razionale, la quale, per essere razionale, non cessa di essere creatura e, come tale, soggetta all'imperio delle leggi biologiche. Nell'un caso la natura del dritto è parafrasata, anzichè spiegata: e nell' altro è deformata. E taccio qui dell' indole puramente speculativa della *Vernunft*, incompatibile, per logica di cose, con la natura etica del dritto che essa vorrebbe o dovrebbe spiegare. Basti solo il notare che un filosofo giurista, avverso al *dritto naturale,* come il Dahn, toglie in prestito da quello proprio quel principio che ne è l' elemento caduco e l' aspetto problematico: il principio della ragione, come sistema puro e semplice di leggi logiche formali!

La natura equivoca della formola sintetica da lui proposta non toglie, per altro, che l' A. bandisca ogni doppio senso e sia chiaro ed esplicito, là dove

(1) *Rümelin* — Reden u. Aufsätze — N. F. — Ueb. e. Def. d. Rechts. — S. 341-342.

si tratta di fissare l' ufficio ed il processo metodico della filosofia del dritto e di mettere a nudo la sua vocazione realista. Oggetto di quella filosofia sarà l' universale giuridico, ma di questo universale si presuppone che sia adempiuto nei particolari, che viva nella realtà e nella storia e che, quindi, sia accessibile, come qualsiasi realtà empirica, alla semplice e nuda esperienza (1). *So gewiss das Allgemeine nicht ausser und über dem Besondern ist, so gewiss ist die Idee des Rechts nicht ausser und über den nationalen Rechten, sondern nur in Jhnen. So ist die Rechtsphilosophie die Wissenschaft von der Rechtsidee in der Geschichte, ihr Princip ist nirgend ein metaphysisches, sondern das historische* (2). L' idea del dritto, come ogni altra idea, vive nella storia. Come il genere astratto « umanità » si concreta, si attua ed è immanente nei popoli della terra, così il genere astratto « dritto » è immanente nei singoli dritti storici, e non già in un preteso dritto naturale « *Welches das allen Einzelrechten Gemeinsame als gemeines Menschenrecht abstrahiren möchte* » (3). Il dritto naturale, che si sforza verso l'unità della idea del dritto dimentica che l' unità dell'idea non importa l'unità degli atteggiamenti e delle forme, soggette ad un flusso di variazioni perenni (4). La filosofia del dritto deve sorprendere la *ragione* vivente nella stessa realtà, giovandosi della espe-

(1) Bausteine S. 3.
(2) Ibid. 5.
(3) Ibid. 9.
(4) Ibid. 30.

rienza, della storia e della comparazione dei dritti positivi. Suo contenuto, poi, è quello stesso della scuola storica, che essa rielabora e rimaneggia. *Die Speculation auf Grund der Ergebnisse der historischen Schule ist, unseres Erachtens, die heutige Aufgabe der Rechtsphilosophie* (1).

Questa speculazione, della quale, con un processo dogmatico poco filosofico, si circoscrivono *a priori* la materia ed i limiti, è, tuttavia, posta a mal partito dagli intendimenti denunziati dall' A. I quali sono, evidentemente, viziati da un doppio errore: da una nozione poco retta dell' universale: da una denegazione arbitraria del processo astrattivo della mente umana. L' universale pratico e normativo, e tale è l' universale giuridico, non è necessariamente, nè integralmente individuato nei particolari, come l' universale teoretico: tra i quali chi gli si approssima più e chi meno: il che prova che esso non si adempie necessariamente in veruno di essi. Che se nella filosofia del dritto si voglia por mente al solo ufficio speculativo e nell' universale giuridico si voglia vedere un universale teoretico, allora non saprebbe spiegarsi perchè questo universale non possa essere assunto ad oggetto di una speculazione automa ed indipendente e perchè sia legittima soltanto la indagine relativa ai dritti particolari. Che l' universale si concreti soltanto nel particolare, non toglie che quell' universale possa essere oggetto di una conoscenza analitica ed astrattiva. Negarlo è pre-

(1) Vom Wesen u. Werden d. Rechts. (Zeitschr. f. vergleich. Rechtswiss. 2 Bd.) S. 7.

cluder l' adito ad ogni scienza, che è analisi di una sintesi reale. Se l' universale vive necessariamente nei particolari, è il comune nel quale i particolari convengono, la speculazione di esso è tanto più legittima, che essa è, anzi, l' unico presidio per conoscere gli stessi particolari. Perchè la conoscenza non ha luogo, come si vedrà meglio in seguito, se non interpetrando i fenomeni *in funzione* di universale, *sub specie aeternitatis* si direbbe con Spinoza.

Evidentemente il Dahn è inconscio della logica profonda del suo universale: la quale sarebbe sì lungi dal vietarne la scienza, che anzi la invoca e la legittima. La sua dottrina segna un pentimento. L' universale è concepito da lui a giusa del particolare; ed è quindi appreso come mobile, relativo, esperibile del pari che il particolare. Anzichè essere l' elemento comune nel quale i particolari convengono, esso, quell' universale, è assunto ed interpetrato come una cosa che varia in ciascun particolare: onde le sue sorti sono inseparabili da quelle dei singoli momenti particolari e storici. Esso non può essere differenziato speculativamente dai particolari, perchè non se ne differenzia realmente, ossia è particolare a sua volta. In questa teoria del Dahn si appalesa, adunque, nella sua nudità, l' equivoco perpetuo onde l'empirismo si è avvalso, da che mondo è mondo, per impugnare la metafisica: quello di apporre a l' universale ed all' astratto le esigenze alle quali può solo soddisfare il particolare ed il concreto; di denegare la oggettività dell' universale, solo perchè tale oggettività la si vuole concepire in modo che solo il concreto possa adempierla; di trattare,

insomma, quello che si è riconosciuto come astratto nella stessa guisa che se fosse concreto (1).

Nè qui è tutto: un altro problema più arduo ancora rimane irrisolto da questo leggero empirismo. Voi ci dite che l' universale vive nei particolari: ma in virtù di che ce lo dite? Da qual criterio avete voi tratto questa cognizione? Dalla esperienza forse? Ma l'esperienza, tutt'al più, ci dà una materia confusa, caotica, inerte; nel seno della quale non v'è alcun rapporto o nesso ideale; nella quale non v' è nè universale nè particolare. I particolari sono tali, perchè han rapporto ad un universale: l'un termine è correlativo all'altro. Ora, per qual modo la esperienza del particolare, cioè a dire di uno dei termini della relazione, può produrre *ex nihilo sui,* non solo la nozione dell'altro termine, ma, quel che è più, la forma del rapporto di entrambi? Il raffronto, forse, dei varî particolari varrà a colmare le lacune della esperienza del singolo

(1) Osserva profondamente lo Schuppe « Wenn das (*cioè la possibilità di una speculazione autonoma dell' universale giuridico*) Dahn nicht zugeben sollte, so kann es nur daran liegen, dass er die Abstraktion des Allgemeinen, welches im Besondern sitzt, doch nicht mit derjenigen Energie vollzieht, um seine Unterscheidbarkeit vom Specifischen und seine Identität in allen Determinationen einzusehen, sondern meint in jeder specifischen Determination sei es wieder ein Anderes und es sei ohne diese nicht zu fassen und herauszunehmen, als wenn von der Farbe und der Gestalt überhaupt sich gar nichts aussagen liesse, sondern nur von roth oder grün, rund oder dreieckig, da die Farbe in roth und grün doch eben rothe und grüne Farbe und die Gestalt in rund und dreieckig doch eben rund und dreieckig sei ». Die Methoden der Rechtsphilosophie (Zeitschr. f. vergl: Rechtswiss. V Bd. S. 253).

particolare? Ma il raffronto presuppone il criterio a che o con che si raffronta: la convenienza di più particolari in un *quid* presuppone la nozione del *quid*. E poi di questo ripiego non potrebbe avvalersi il Dahn: il quale, concependo l'universale come il particolare e variabile e relativo come questo, ha escluso di già quella possibilità della convenienza in un *quid* quale che sia, che è la condizione *sine qua non* del raffronto. Non si raffrontano, se non termini che hanno qualche cosa di medesimo e di comune.

Per quella incoerenza che caratterizza i pensatori che sono più presto artisti che filosofi, il Dahn non rinuncia, tuttavia, a ravvisare nel dritto un criterio razionale ed assoluto; ed egli altrove ci parla di una *Rechts-kritik* la quale, a suo parere, suppone « *einen von dem zu kritisirenden Gegenstand unabhängigen Massstab* » (1) ma non conchiude, come dovrebbe, che, adunque, questo criterio indipendente dall'oggetto da giudicare non può essere conosciuto per la sola osservazione dell'oggetto medesimo, ma vuole essere desunto altronde. Una *critica* che presuma di attingere i *criterî* dall' oggetto stesso da *criticare* è, da capo a fondo, una petizione di principio. Meglio è professare logicamente che la fenomenologia è esclusivamente e necessariamente dogmatica: l'adorazione piena, inconsciente, fanatica della realtà di fatto qualunque sia.

(1) Vom Wesen u. Werden u. s. w. - loc. cit. S. 2.

§. 3. Il *logos* della Giustizia. **A. Lasson.**

Il realismo giuridico del Lasson, di questo superstite della scuola Hegeliana, è il prodotto di quel supremo criterio dialettico che il maestro pose a base della filosofia universale.

Il reale non si discerne dal razionale (1), onde la filosofia, che è dottrina del razionale, è, ad un tempo, comprensione del reale. Quella coscienza, che giudica vuota ed effimera la realtà del presente e si avvisa di superarla, non esce dal vacuo che ella stessa si crea. Dall'angustia e dall'inopia nativa si libera solo quella che, nel presente, vede il riflesso della razionalità e dell' idea e, nel temporaneo e nel passeggero, riconosce l' eterna sostanza che v' inside e vi è sempre presente (2). Le leggi del dritto si discernono da quelle della natura, perchè il criterio onde giudicare di queste è fuori di noi, è nella natura stessa, laddove il criterio onde giudicare di quelle è in noi stessi, nella nostra coscienza; epperò, in queste ultime, v'è un'antitesi tra quello che è e quello che dev' essere e, nelle prime, no: ma quell'antitesi non ha portata assoluta, poichè il dover essere non è una

(1) Was vernünftig ist, das ist wirklich und was wirklich ist, das ist vernünftig. In dieser Ueberzeugung steht jedes unbefangene Bewusstsein, wie die Philosophie, und hiervon geht diese ebenso in Betrachtung des geistigen Universum aus, als des Natürlichen. U. s. w. *Hegel* - Grundlinien der Philosophie des Rechtes (Werke herausg v. E. Gans Berlin 1833) S. 17.

(2) Id. ibid.

nozione trascendente, ma un ideale immanente nell' essere, un essere a sua volta (1). Il dover essere Hegeliano è un possesso perenne e perennemente presente dell' essere. Esso è l'esplicito diniego d'una potenza che non sia in atto, d'un possibile che non sia reale, d'un imperativo che non sia un fatto, di una legge positiva che non sia dritto razionale (2). La filosofia del dritto ha, adunque, per oggetto di dirci quello che è e che, appunto perchè è, è razionale ad un tempo: per dirci quello che debba essere, la filosofia vien sempre in ritardo. Essa appare, quando il processo della realtà è già adempiuto e viene alla luce quando il mondo è già bello e formato. I suoi insegnamenti sono superflui: ce li ha già forniti in anticipo la storia; la quale non si ripete per fare i gusti della filosofia. La nottola di Minerva spiega i suoi primi voli soltanto nelle ore del crepuscolo, quando la luce del giorno è già ita (3).

Adunque per la scuola Hegeliana la filosofia del dritto è una fenomenologia di portata razionale, un realismo *a priori,* perchè il reale è preconcepito dal filosofo nella forma del razionale, ma realismo sempre, perchè esclude sistematicamente una nozione autonoma e sussistente dell' ideale. In questo rea-

(1) Ibid. S. 8 (in nota).

(2) ... die Philosophie, weil sie das Ergründen des Vernünftigen ist, eben damit das Erfassen des Gegenwärtigen und Wirklichen ist, nicht das Aufstellen eines Jenseitigen ist, das Gott weiss wo sein sollte. Ibid, s. 16.

(3) Ibid. s. 20-21.

lismo *a priori,* in questo paradosso filosofico si riassume il sistema del Lasson.

La filosofia del dritto, egli dice, trasferisce ed adempie nel campo del dritto gli uffici della filosofia generale. Ora quest' ultima ha per meta di comprendere la razionalità immanente e riconoscibile nelle cose stesse: *im Seienden überhaupt die ihm immanente Vernunft zu begreifen, d. h. das Seiende zu erkennen* (1). La filosofia, come conoscenza di quello che è, è di natura puramente teoretica e non già normativa. Le leggi della condotta si attingono da una esperienza razionale e non già da una teoria filosofica. La qual teoria non si cura di dar leggi al nostro volere, ma indaga solo il contenuto reale del volere razionale: *sie giebt keine Vorschriften, sondern entwickelt den Inhalt und Grund des für das Handeln vernünftigerweise von je gültigen Sollens* (2). Compito della filosofia del dritto è, adunque, comprendere il dritto positivo nella sua razionalità interiore e nel suo nesso con gli altri fenomeni della vita, non già di costruire un dritto possibile, ideale, diverso da quello realmente esistente. *Auch sie ist reine Theorie von dem was ist, nicht eine Anweisung zn dem was sein soll. Das Recht, was von je sich unter den Menschen entwickelt hat, sucht sie zu begreifen, aus dem Princip alles Rechtes abzuleiten, nach seiner immanenten Vernünfttigkeit zu erfassen* (3). Prima che venga su la filosofia, il pro-

(1) System des Rechtsphilosophie (Berlin n. Leipzig 1882) S. 11.

(2) S. 12.

(3) Ibid.

cesso formativo del dritto è già bello e compiuto. Nè solo il dritto essa trova già insediato dinnanzi a sè, ma tutta una scienza del dritto altresì, la quale essa tesoreggia e dalle cui dottrine svolge ed astrae i principî supremi, valevoli per ogni forma di esistenza e per ogni forma di sviluppo del dritto (1). Il dritto è di sua natura fenomenico: esso è un sistema di precetti effettivamente vigenti e riconosciuti come tali in una data società, emessi da un potere autoritativo e coattivo, il quale li determina nei casi controversi e li sorregge contro le resistenze individuali (2). Epperò ogni dritto è positivo, che vige oggi o ha avuto vigore ieri, che è dritto, finchè vale di fatto come tale e cessa di essere dritto quando non è più un fatto. (3) *Es giebt kein Recht von Natur: Recht giebt es nur durch Satzung. Niemand hat natürliche angeborene Rechte: sondern was einer an Rechten hat, das hat es vermögedes objectiv vorhandenen Rechts erworben, durch Uebertratung, durch Zugeständniss erlangt.* (4). Fallace è la tendenza a saggiare i rapporti sociali al lume di una pretesa giustizia e sogni sono le costruzioni del dritto naturale; i cui novellatori non han saputo comprendere che quella loro *recta ratio*, sollevata a norma dei dritti positivi, non è altro che il prodotto e detrito storico delle stesse condizioni di fatto e che quel loro *Naturrecht* è una projezio-

(1) S. 10-11.
(2) S. 21-22.
(3) S. 26-27.
(4) Ibid.

ne ideologica dello stesso dritto vigente al tempo loro (1).

Il Lasson è, adunque, eminentemente relativista. A parte la dialettica che concilia *a priori* il relativo con l' assoluto, nel fondo la dottrina di lui è tutt' uno che quella della scuola storica: della quale egli stesso si professa poco men che seguace ed alla quale rimprovera, soltanto, di non riconoscere di proposito nella varietà dei dritti storici e relativi la dinamica creativa di una Idea unica del dritto, che vi si vada spiegando e, come a dire, sgomitolando nella successione del tempo (2). (Come se la *Volksbewusstsein* non fosse appunto una formula di quella Idea che egli invoca!) E dalla scuola storica egli desume il concetto della causalità e razionalità incosciente della evoluzione giuridica (3), al quale conferisce, già s' intende, un significato logico, che soddisfa egregiamente alle esigenze del suo sistema. Al vecchio concepimento della scuola storica, il misticismo pietista, egli aderisce appieno, amalgamandolo a dovere con l'ortodossismo del suo maestro. Così, ci parla di leggi morfologiche interiori del dritto, le quali ne determinano placidamente lo sviluppo, e ribadisce il concetto del si-

(1) Lo aveva già detto l' Hegel della filosofia in genere. «... jede Philosophie ist Philosophie ihrer Zeit... sie kann also nur Befriedigung für die Interessen gewähren die ihrer Zeit angemessen sind (Geschichte der Philosopbie 2° Aufl: 2° Bd. S. 59.) E più esplicitamente ancora nei già citati *Grunlinien*... S. 19.

(2) Lasson Ibid. S. 19.

(3) S. 20.

lenzioso evolversi e divenire del dritto dalle profondità dello spirito popolare (1).

Malgrado ciò, anzi, meglio, in grazia di ciò, egli riconosce, traverso la varietà e la relatività dei dritti storici, una sorta di entità permanente, che è pura espressione della Idea e del Logos e che, come tale, è sottratta al divenire storico. In antitesi o, per dir meglio, in correlazione al dritto, egli riconosce il *Giusto* (*das Gerecht*). Ma si affretta a dichiarare egli stesso che codesta nozione è vuota di contenuto sussistente e non varca i termini puramente formali della dialettica *pan-logistica*. Il *logos* della giustizia partecipa l'astratto e gelido formalismo della ragione: di quella ragione che è il residuo finale di un'analisi corrosiva del pensiero umano e la quale, com' ebbe a dire felicemente lo Stahl, « *verschmäht die Speise, die ihr geboten ist, um, wie der Erfolg in allen Gebieten des Wissens gezeigt hat, in ihr selbst zu vertrocknen* » (2). Il Lasson, dopo averci detto che il contenuto del dritto è da inferire dalla ragion pratica, non sa poi darci di questa ragione e del giusto che la formola seguente: *Die Vernunft setzt als das, was ihr entspricht nicht als die Form der Allgemeinheit und Widerspruchslosigkeit: das Gleiche, was immer wiederkehrt und in der Verschiedenheit sich als dasselbe erhält, ist das Vernünftige. Soweit die Vernunft herrscht werden alle Unterschiede und Gegensätze durch ein übermächtiges Gesetz der Allgemein-*

(1) S. 2 51.

(2) Geschichte der Rechtsphilosophie III Aufl. (Heidelberg 1856) S. 263.

heit und Gleichheit zur Harmonie und Einheit zurückgeführt. Dieses rein Formelle nun heisst das Gerechte: in seiner Anwendung auf die von der Natur gegebenen menschlichen Verhältnisse ergiebt es das Recht » (1). Adunque, il *Giusto* è quel momento logico che sussume i rapporti sociali sotto la categoria dell'universalità; e, come momento logico, esso ha significazione negativa: il suo preteso o voluto contenuto è l'assenza della contraddizione, ossia la presenza di un rapporto formale d'identità, che rimane rapporto formale, senza assurgere mai a sostanza, perchè non ci si dice nulla sovra la materia di esso. *Das Gerecht hat die Form einer Regel und eines allgemeinen Gesetzes: der Inhalt dieses Gesetzes ist dass das Gleiche gleich und das Ungleiche im Verhältniss zu seiner Ungleichheit ungleich behandelt werde* (2).

Non v'è bisogno di acuta riflessione per cogliere la *petitio principii*, che vizia tutta questa teoria. A chi cerca il contenuto del rapporto di eguaglianza essa risponde così: il suo contenuto.... è l'uguaglianza. Il senso comune ci ha abituato a ravvisarvi una relazione, il Lasson la scambia invece per qualità. Che due cose eguali debbano essere trattate egualmente, sapevamcelo: quello che non sappiamo e chiediamo di sapere è quali sieno queste cose uguali, e perchè, con qual criterio discernere il rapporto di eguaglianza. Evidentemente, la pretesa eguaglianza del Lasson non è altro che la nozione logica della proporzionalità, come ha opportunamente osservato in proposi-

(1) S. 263.
(2) S. 222.

to l' Hartmann (1): proporzionalità, la quale, aggiungiamo noi, è nella teoria del Lasson come la forma *a priori* di un giudizio del quale s' ignorano i termini. Il che non toglie, per altro, che il nostro A. ci ricanti su tutti i toni la formula universale « *wie du mir, so ich dir; was du nicht willst das man dir thu', das füg auch keinem andern zu* (2) » ossia il « non fare ad altri quello che non vuoi per te » e ce ne parli come di cosa che rientra perfettamente nel suo sistema. Ma, anzitutto quella formula ha un gran significato nella filosofia cristiana, la quale, prima di enunciarla puramente e semplicemente, ce ne ha detto pure chiaro e tondo il contenuto, ossia *quello che non vogliamo per noi;* laddove nella filosofia del Lasson quella formula significa poco meno che nulla. Quella massima inoltre, così com' è, ha un significato negativo: ci si dice quello che non dobbiamo fare, non quello che dobbiamo fare. Nessun sistema di etica può sorreggersi sovra questa fragile base: e la morale cristiana integra quella massima con quest' altra « fa agli altri quello che vorresti fatto a te. » Questo dettato non può entrare, per verun verso, nel formalismo negativo del Lasson: il cui *giusto* è quindi una caricatura della Giustizia, onde favella la filosofia greca e la filosofia cristiana, non un principio morale.

Nè ciò è tutto. Perchè, anche quella massima negativa predicata dal Lasson ha una efficienza imperativa che contraddice all' indole puramente logica

(1) Die grundbegriffe in Lasson's Rechtsphilosophie. — Philos: Monatsh (1882) S. 470.

(2) S. 222.

del sistema di lui. Il *logos* esprime un giudizio, non un comando; forse, esso non esprime nemmeno un giudizio, ossia una relazione reale tra due termini (la qual relazione è qualcosa di sintetico) ma la ripetizione analitica d' una nozione già premessa. Esso esprime un mero giudizio ipotetico, vuoto di valore ontologico. In vero esso non suona « è questo, è quest' altro » ma « non può non essere logicamente questo, non può non essere logicamente quest' altro »: suo termine e risultato, come ebbe a dire lo Schelling e dimostrò perentoriamente lo Stahl, non è il *Seyende*, ma il *Nicht-nichtseynkönnende* (1).

Questo *Giusto* che non è realtà e nemmeno ideale di condotta, che non è nè un fatto nè una norma, potrà almeno divenire l'uno e l'altra nel suo applicarsi ai rapporti socievoli, nei quali esso trova o potrebbe trovare una materia *apparecchiata e presta* sulla quale segnare la propria impronta? Evidentemente no; perchè, così come è concepita, questa forma vuota non ha alcuna attinenza, alcun rapporto col mondo sociale e giuridico. Ora, perchè una forma, la si assuma nel senso Aristotelico o in quello Kantiano, avvivi una materia o la segni della sua impronta, occorre che tra l' una e l' altra vi sia, in anticipazione, una certa affinità ideale; per usare un termine della scolastica, l' una deve avere *abitudine* all' altra. Per trarsi d' impaccio, il Lasson presta ai rapporti socievoli ed all' attività sensitiva ed emozionale dell' uomo quel contenuto oggettivo di che la sua formola del giusto difetta. Cosí, nei rapporti sociali, egli pone

(1) Loc. cti. S. 99.

una certa vocazione interiore, una specie di suscettività verso questa legge di sussunzione sotto la categoria della universalità (1) e, nella coscienza dell'uomo, una predisposizione psicologica, come dire, un istinto razionale verso la legge stessa (2) Senza, per altro che risolva il problema di oggettivare una buona volta questo *logos* della giustizia. Lo complica, anzi, e lo inasprisce: quella recettività delle cose e quella tendenza dell'uomo sono una recettività a non si sa che cosa ed una tendenza onde s' ignora il termine cui si tende.

Tolta, così, al *Giusto* ogni portata sussistente ed autonoma, è naturale che l'A. stesso ne subordini la possibilità ad una *conditio sine qua non:* alla preesistenza di un ordine giuridico bello e dato. *Damit der Begriff des Gerechten zur Anwendung gelangen könne, wird die Anerkennung eines vorhandenen Zustandes von Personen und äusseren Güter vorausgesetzt: das Gerechte enthält dann die Forderung dass*

(1) Die realen Verhältnisse der Menschen zunächst sind von der Natur, dass in ihnen das Gesetz mit dem Charakter widerspruchsloser Allgemeinheit wenigstens bis zu einem gewissen Grade sich durchführen lässt: thatsächlich lässt sich eine wahrhafte und haltbare Ordnung zwischen den Menschen aufrichten, indem man Personen, Sachen und Handlungen nach den dem realen Bestande immanenten objectiven Kategorien unter das rechte Allgemeine bringt... u. s. w. S. 220.

(2) Es ist im Menschen ursprünglich ein Vernunfttrieb.... eine unmittelbare Anschauung des Allgemeinen, welche das, was im einzelnen Falle von dem einzelnen Subjecte geschieht, unmittelbar auf alle gleichen Fälle und alle gleichen Subjecte überträgt und darin die Widerspruchslosigkeit des gleichen Bestandes fordert. S. 221.

an dem vorhandenen Zustande nichts ohne zureichenden Grund geändert werde, alle Veränderung aber nur so eintrete, dass ein bleibendes Gleichgewicht sich stetig wieder herstelle (1). E così si elide il problema sotto sembianza di risolverlo: quell' ordine giuridico, che dovrebbe essere un *posterius* della forza operosa della giustizia, ne è in quella vece un *prius*: lo stabilimento del dritto, che pareva dovesse essere il problema fondamentale, viceversa poi non è più problema, è un presupposto dogmatico. Se si chiede che cosa è il *Giusto,* l'A. fa appello all'ordine giuridico preesistente. E se gli si chiede il fondamento, il *Grund* di questo stesso ordine giuridico, egli, o deve con vuoto circuito fare appello al *Giusto* o confessare apertamente che il problema è, nella sua dottrina, irresolubile. Perchè, evidentemente nella evoluzione reversiva degli ordini giuridici di fatto, noi non possiamo a meno di concepirne uno che è il primo della serie e cui è assurdo riferire ad altro ordine che lo preceda. Allontanare i termini del quesito non è risolverlo. Tuttavia, ei si potrebbe esser paghi di quella formola della giustizia, in difetto di altro di meglio, quando il Lasson si proponesse di proseguirla logicamente. È una formola conservativa dello *statu quo ante* e non già creativa di uno stato giuridico non nato ancora: ma, dopo tutto, è un imperativo e, quindi, importa una preziosa diserzione dal programma realista sostenuto dall' A. Senza dire che essa è utile a qualcosa, se, presa sul serio, assicu-

(1) S. 222-223.

ra all' uomo, ossia a tutti gli uomini, la equivalenza legale dinnanzi all'ordine stabilito. In difetto della giustizia, noi potremmo contentarci della legalità. Così se l'ordine stabilito è la schiavitù, ognuno di noi avrà almeno il dritto di essere trattato precisamente come gli altri schiavi: nè da meno, nè peggio di essi. Ma le cose ahimè! non vanno così per il Lasson. Egli dice chiaro e tondo che l' uomo può liberamente rinunciare ai dritti che gli sono assicurati da quella equivalenza legale; ed in tal caso non gli si rende alcun torto (1). Egli non ha verun dritto d' infirmare il suo arbitrio in nome del giusto, ossia in nome della libertà! Ed ecco così una dottrina, come quella del Lasson, la quale si annunzia sistematicamente avversa al dritto naturale cader nell' errore che viziò il diritto naturale — dell' *Aufklärung*: nella massima contrattuale! Ma, forse e senza forse, in questo il Lasson è più logico che non si creda. Ogni azione deve esser guidata da un motivo: ogni potenza ha relazione ad un atto: ogni tendenza è tendenza verso qualche cosa. Una forma vuota senza contenuto, un arido termine logico potrà essere una nozione provvisoria per il filosofo, un ingenuo *desideratum*, una pia intenzione, non sarà mai un sistema ed un con-

(1) Nur auf den Willen und seine Aeusserungen bezieht sich das Gerechte und Ungerechte. Volenti non fit iniuria. Wie jeder von seiner Befugniss nach Belieben Gebrauch machen kann oder nicht, so darf er auch auf das nach dem Princip des Gerechten ihm zukommende verzichten und dem freiwillig auf das ihm Gebührende Verzichtenden geschieht kein Unrecht S. 225.

cetto rigorosamente seguito. Il sistema non può fare a meno di un contenuto quale che sia: e la realtà della vita, che è eminentemente sintetica ed opulenta, esercita a lungo andare troppa presa sulla mente del filosofo, perchè questi si rassegni placidamente all' aridità del suo *logos*. Quando il contenuto non è dato dal di fuori o dal di sopra, siate pur sicuri che esso uscirà dal di dentro. Il formalismo logico va a metter capo al più supino materialismo: quello che attinge la sua norma, il suo contenuto dall' arbitrio del soggetto.

Ridotto il *Giusto* a cosí misera cosa io non so in vero con qual ragione il Lasson lo concepisca, in taluni punti, come un elemento che vive di fatto nel dritto positivo, che ne sospinge verso un termine di diuturno progresso gl' istituti particolari, che lo rende sostenibile ed autorevole; nè so con qual fondamento egli impersoni nella equità *(Billigkeit)* quel processo di graduale e relativa approssimazione del diritto storico al giusto, il qual processo gli par di leggere nella evoluzione giuridica (1). Molto meno s' intende con qual motivo razionale egli ripeta dall' applicazione difettiva di quel giusto formale quella insufficienza, quel vuoto, quella manchevolezza del dritto positivo, che nessuno dei filosofi odierni del dritto ha saputo illustrare con tanta penetrazione di analisi e con tanta freschezza d'intuizione quanto lui (2). Evidentemente, nel corso

(1) S. 237, 268 e passim.

(2) S. 234-236; 274-278 e tutto in genere il pgf. 28 dove la vanità e, sarei per dire, il malessere del dritto positivo è obbietto d' un analisi finissima.

della trattazione, questa forma vuota e logica si converte inconsapevolmente in una rappresentazione ricca di contenuto, che ha, forse e senza forse, parecchi punti di somiglianza col tanto aborrito *Naturrecht*. Se il giusto fosse una forma logica soltanto, si può essere sicuri che ogni forma storica sarebbe del pari perfetta che le altre. Il dritto positivo non avrebbe bisogno di procedere verso il di là, perchè il di là ed il di qua non vi sarebbe punto. La ragione, come puro sistema di leggi logiche, è per eccellenza quiescente, immobile, anti-storica (1). Nè l' uomo sentirebbe sì penosa la mala contentezza dell'ordine giuridico presente, ove la coscienza umana non avesse già conferito al giusto un contenuto oggettivo ed ove la mancanza di conformità di quell' ordine a questo contenuto non la pungesse dell' acre dolore di un' aspettazione insoddisfatta. La manchevolezza del dritto positivo, lo stato continuo di bisogno, di dolore, di sforzo della evoluzione giuridica, costituiscono un argomento prezioso in favore del dritto naturale, che tuttodì a noi si rappresenta come il termine di sazietà di quel bisogno, di elisione di quel dolore, di adempimento di quello sforzo. Certo ciò non basta a mettere in sodo la oggettività del dritto naturale. Da quell'argomento è luminosamente provata la necessità psicologica della rappresentazione del dritto naturale, non la

(1) Vernunft als Princip der Philosophie duldet kein Geschehen, keine Schöpfung, sie duldet nichts Neues, erst Hinzukommendes. Es ist nichts als was aus ihr folgt, und was aus ihr folgt, das könnte niemals fehlen denn sie ist es selbst — *Stahl.* S. 98.

necessità ontologica della Idea di esso. Ma la necessità psicologica potrebbe menare spontaneamente ad argomentare la necessità ontologica, quel dì che il filosofo si persuadesse che nulla è vano nell'economia dell' universo, che alle tendenze universali e costanti della umana natura debba corrispondere un termine del pari costante ed universale che esse, che il dolore nasce dal sentimento del male e della voglia del bene e che quando tutto, uomini e cose, fatti e dottrine, c' inganna, ci resta pure, secreto residuo, una cosa che non c' inganna mai, che è anzi essa che ci fa conoscere gl' inganni altrui ; e questa cosa è la coscienza.

Art. II. I principi psicologici della fenomenologia del dritto

§. 1. Il principio del rispetto verso la forza del superiore — (*Achtung*) — **I. H. v. Kirchmann.**

Dopo aver tolto in esame i principî oggettivi e dialettici del realismo giuridico, volgiamo ora a quegli altri che abbiamo già denominato principî psicologici, (cap. II a princ.) perchè derivano la causa e la forza imperativa del dritto da un motivo interiore del soggetto umano. E, prima di tutto, al principio enunciato e dimostrato dal v. Kirchmann : il quale rappresenta, con severità e rigore di scienza, l' aspetto puramente naturalistico dello psicologismo.

La scienza morale e giuridica, così il v. K., non deve prendere le mosse da Idee o da principî uni-

versali oggettivi « *aus denen der besondere Inhalt sich zu erzeugen oder dialektisch su entwicheln hätte* » bensì dalla osservazione pura e semplice dell'essere particolare (1). Essa è una scienza naturale ed induttiva dell'ordine etico: i suoi principî sono, del pari che quelli della scienza della natura, un acquisto laborioso dell'esperienza (2). Essa deve rinunziare alla pretesa di produrre il suo oggetto da sè e limitarsi ad osservarlo quale è dato dal di fuori (3). Deve, quindi, bandire la nozione metafisica del dovere, che è lo strascico inevitabile di tutte le dottrine che prendono norma da principî morali oggettivi, e badare solo all' essere; quell'essere che è conosciuto, non per via di una rappresentazione del futuro, in che va a metter capo il dovere, ma per uno sguardo reversivo sul passato (4). Le dottrine esplicative del dovere non han punto spiegato quanto preme di più: il momento imperativo dell' ordine etico. La ragione dell' *Aufklärung* è ben lungi dal contenere il dovere, perchè la ragione è un essere, da cui non segue il dovere della creatura razionale. La ragione è pensiero, è sapere, non imperativo (5). Nè la legge come tale, ossia la legge categorica ed universale del Kant, è imperativa sul serio e produttiva del dovere. Quella è legge razionale e non

(1) Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral als Einleitung in das Studium der rechtsphilosophischer werke. (Zw. Aufl-1874) S. 1-2.

(2) Ibid e S. 177.

(3) S. 174.

(4) S. 176.

(5) S 48.

efficiente; è la rappresentazione del precetto che si pretende doveroso, non la operosità effettiva del precetto sulla coscienza del soggetto (1). La sana filosofia giuridica, quella, cioè, che studia di conoscere l'essere, ha per suo termine, non l'astratta potenzialità del precetto, ma la sua attività positiva. L'esperienza e la storia non ci danno il dover essere, ma l'essere o l'essere stato di questo o quel comando, la cui osservanza è dovuta all'influsso che esercita sulle facoltà emozionali del soggetto questo o quel potere. La legge non è un imperativo della ragione, ma il comando di un potere: e non il comando come comando, ma sì il comando operoso, ossia osservato da quello cui s'indirizza: *nur das wahrgenommene Gebot ist das wirksame* (2). Ora questa operosità del precetto è inconcepibile senza un legislatore, l'intuito della cui forza svegli nel soggetto quelle emozioni, quei motivi empirici che lo trascinano all'osservanza. La formola della filosofia morale e giuridica non è, adunque, il *Sollen,* ossia l'osservanza della norma per intuito del suo valore morale, ma l'*Achtung* ossia l'osservanza della norma per intuito del valore fisico della persona di chi comanda, per un trepido rispetto verso la forza del superiore. E l'*Achtung* è quel sentimento acuto della propria inferiorità, che s'insinua nell'animo dell'uomo in presenza di una forza fisica, e di una forza a petto della quale la forza di lui, ossia dell'uomo, si dissipa; una forza che egli apprende come

(1) S. 50.
(2) Ibid.

smisurata ed immensurabile ed a cui, non che resistere davvero, egli non concepisce nemmeno che resistere si possa. *Die Achtung ist der Zustand des Ich, welcher aus der Anschauung der unermesslichen erhabenen Kraft entstanden, den eigenen Willen unmittelbar dem erhabeneren Willen unterwirft und so dem Gebote desselben die Wirksamkeit auf das Handeln des Ich gewährt* (1). Questa *Achtung*, questo trepido rispetto che non ha significato etico di sorta, che, come l'A. espressamente professa, « *ist die reine Naturwirkung der übergrossen physischen Macht auf den davon betroffenen Menschen* » pone il Kirchmann a fondamento della morale. L' arbitrio della forza superiore assume valore di volizione etica pel nesso causale che associa quell' arbitrio al sentimento di rispetto del soggetto. L' essenza della morale e del dritto non consiste in un principio oggettivo e sostanziale, in una materia, ma in una forma: nella forma delle coazione. Il dritto ha valore, non perchè abbia un motivo razionale, ma perchè è voluto, è comandato dal potere. Ogni dritto, ha, quindi, rapporto ad un potere coattivo, operoso; epperò il dritto, è di sua natura, positivo. Dritto naturale, poggiato sovra un principio oggettivo di ordine morale, non ve ne ha punto (2).

Questo schietto naturalismo, continua l' A, par che contraddica al nostro sentimento morale. La moralità è appresa da noi come uno stato della coscienza libero, ed autonomo dalle forze e dagl' im-

(1) S. 53.
(2) S. 66.

pulsi naturali. Tuttavia non è a credere che questo responso del sentimento infirmi la teoria dell'*Achtung*. Perchè altra cosa è il contenuto del sentimento ed altra la sua origine e la natura dei suoi fattori primitivi. Riconoscere, come stato di coscienza, la presenza in noi, ossia nel nostro interno, del convincimento di un imperativo incondizionale, non è tutt'uno che provare la realtà primigenia di quell'imperativo. Quel convincimento è anzi la conversione psicologica della stessa *Achtung*, ossia del trepido rispetto della forza imperante: ed è l'effetto di un processo lento e graduale di cose, per cui il senso di rispetto si è venuto trasferendo dalla persona del legislatore al contenuto ed alla forma della legge. Per virtù di abitudine e di eredità secolare, il sentimento del rispetto si è venuto progressivamente svincolando dalla rappresentazione materiale della forza del superiore ed associando al valore impersonale della legge. Il nostro sentimento morale ha radice precisamente da questa *obliterazione* storica del motivo e del contenuto materiale dell'*Achtung* (1). Questa conversione psicologica del senso del rispetto assicura la operosità dei precetti positivi, anche quando i poteri che li hanno emanati non sono più poteri imperanti: e fa sì che il diritto, nato dalla forza, non segua, però, necessariamente le sorti mutevoli e perigliose della forza. In virtù di quel trapasso dall'*Achtung* dalla persona del superiore al contenuto morale della legge, il precetto, viene appreso come fonte di obbligazione, anche quando la forza, che

(1) S. 73.

presiedette alla sue origini, non è più presente all' atto morale. Il valore morale del precetto, è quindi, di tanto maggiore, quanto più antico è il precetto, perchè di tanto più indipendente ed autonomo quel precetto si è reso, in tal caso, dalle condizioni passeggere di esistenza e di durata del potere positivo da cui ripete l'origine (1). È, inoltre, a quest'associazione psicologica dell'*Achtung* al contenuto morale della legge che si deve rapportare, come effetto a cagione, quel senso di adesione spontanea; onde il nostro volere è animato verso la legge positiva, e che viene sostituendo, nel processo dell'evoluzione giuridica, quel senso primitivo di soggezione, di pressura, di ripugnanza che si associa alle fasi originarie dell'*Achtung* (2).

Il contenuto del nostro sentimento morale non contraddice, adunque, alla teoria dell'*Achtung.* Alla quale, continua l' A, non sarebbe equo opporre che essa traduce i rapporti morali in rapporti quantitativi di forze fisiologiche. La forza del superiore è, a petto a quella del soggetto, smisurata a tal segno, che un raffronto vero e proprio dell' una e dell' altra torna impossibile al soggetto. La forza del legislatore viene appresa e rappresentata dal cittadino non già come una forza *più grande* della sua, ma come una forza *infinita.* Come tale e perchè tale, essa produce l'*Achtung:* che è, suppergiù, quel senso di trepida venerazione che l' uomo avverte in pre-

(1) S. 57.
(2) S. 62.

senza dell' infinito o di quello che egli concepisce come tale (1).

Questa dottrina del Kirchmann si traduce nella vecchia teoria della paura di Hobbes e della forza di Spinoza e di Haller, risollevata a dignità filosofica dall' ausilio opportuno che le conferisce il principio dell'*associazione psicologica*. Appunto per questo principio il nostro A. ha il merito precipuo, non partecipato da nessuno dei filosofi-giuristi odierni in Germania, neanche dall' Jhering, di aver superata la cerchia del pensiero nazionale, derivandogli vigore nuovo dalle fonti più fresche, e sarei per dire più vitali, della psicologia e della morale Inglese. Il principio dell'associazione psicologica rappresenta tuttora il sostegno, relativamente, più saldo dell'empirismo. Il filosofo che dall'egoismo vuol far capo all'altruismo e dalla forza al dritto, senza superare i termini della esperienza e della storia, non ha altro spediente che quel principio. Se lo ricusa, ei vaneggerà un vieto ricorso della scepsi morale dei sofisti o del decrepito sensualismo materialista, non fornirà già una teoria che risponda ai bisogni raffinati dell' odierna cultura filosofica. Tanto più grave incombe a noi il dovere di esaminare il contributo che quel principio reca nella dottrina del Kirchmann.

Il processo psicologico per cui dall' intuito del potere personale del superiore si verrebbe gradualmente differenziando l' idea incondizionale della giustizia, ed il sentimento del rispetto, svincolandosi di volta in volta dalla rappresentazione della forza,

(1) S. 55-56.

si associerebbe al contenuto oggettivo della legge, quel processo, dico, non può essere seguito *a posteriori*, ossia verificato storicamente. La storia registra i fatti già compiuti, già morti al divenire ed alla vita, e non può fermare quelle recondite sfumature d' un lavorio psicologico, che sono e non sono, che vogliono essere una realtà senza esserlo ancora di fatto, che al processo del divenire e della vita soggiacciono tuttora. Queste gradazioni intermedie, queste fasi evolutive del sentimento morale, che hanno cessato di essere nudo e brutale sensualismo, ma non sono ancora una intuizione spirituale, sfuggono alla storia ed alla esperienza e sono accessibili soltanto ad un intuito speculativo e sintetico delle cose. L'epicureo può ben lusingarsi di afferrare il presente, il momento che vola; ma i suoi sforzi sono sterili: il presente scorrevole sfugge alla percezione come all' appetito dell' uomo, la cui vita procede tra il passato e l' avvenire, tra quello che è stato e quello che sarà, tra un ricordo ed un presentimento. Quel processo psicologico dovrà, adunque, essere speculato *a priori*. Il Kirchmann, deviando dal presupposto metodico della osservazione empirica, dovrà argomentare in via deduttiva la presenza di esso. Un empirico direbbe: dovrà postularlo razionalmente. Ora, principio di questa dimostrazione razionale non può essere l'*abitudine*: la quale è termine relativo e non assoluto, è forza trasmissiva e non creativa. L' abito, che è il ripetersi ed il consolidarsi automatico ed incosciente di un atto dato, presuppone, per natura di cose, l' atto. La semplice ripetizione dell' *Achtung* non vi darà mai un ele-

mento nuovo, che non sia già contenuto nelle prime forme di quella. Il ripetersi di un atto esprime un rapporto quantitativo e non qualitativo: e chi si lusinga che la ripetizione di una cosa gli dia una risultante qualitativamente superiore alla cosa che si ripete, non è punto dissimile da chi si aspetti l' unità da una moltiplicazione di zeri. L'associarsi del sentimento di rispetto alla rappresentazione della legge o esiste nell' atto primitivo che si ripete e che si consolida ad abito (nel qual caso si confessa che il motivo morale è coevo al motivo egoistico della paura) o non esiste mai.

Ma, si supponga pure che questo assurdo sia superato dall' *associazionismo* e si conferisca all'abitudine un potere creativo. Si conceda che il soggetto venga obbiettivando al di fuori, in forma di sanzione spirituale, quel comando cui lo vincola l' abito e che, a forza di avere esercitata tanta e sì lunga presa sopra di lui, gli si è venuto trasfigurando. Ebbene, il problema non sarà risolto per questo. Ed invero la risultante di questo processo di oggettivazione non è la norma etica, il *nomos*, ossia l'imperativo necessario ed incondizionale. Il potere positivo è mutevole: quello di oggi non è quello di ieri, nè sarà quello di domani: le facoltà rappresentative ed emozionali del soggetto non rinvengono, quindi, nell' oggetto dell' *Achtung* quel nesso costante e necessario che si richiederebbe per rendere possibile di oggettivarlo e di spiritualizzarlo in una norma durabile e categorica. A mala pena la mente dell'uomo è pervenuta ad atteggiare a sanzione morale la serie degl'imperativi di quel potere materiale che ha, fino

a quel momento di tempo, imperato sopra di esso: ed ecco che quel duro ed acerbo lavorio è frustrato dalla vicenda tragica delle cose! Quel potere materiale di un bel tratto sparisce e cede il posto ad un altro: e la mente, in cambio di continuare e di perfezionare quel processo di conversione ideologica, lo vede rotto di un colpo e deve ricominciare da capo col novello potere quel lavoro faticoso che si è durato con l' antico. L' associazione psicologica dell' *Achtung* al contenuto morale della legge è un processo, un divenire perenne che non viene mai all' essere. Quando sta per entrare nel mondo della realtà e nel circolo della storia, ecco che quel grande ingannatore che è il tempo la risospinge in quel fondo donde era venuta su! È il mito dell' ingrato e frustraneo lavoro di Sisifo recato in atto nella psicologia morale.

Che se si osservi che quell' associazione si adempie incoscientemente e senza sforzo, non per questo si sarà tocca la meta. Perchè i fenomeni incoscienti del pensiero sono pur sempre fenomeni psichici: è natura dei quali che il nesso ideologico tra due dati ordini di cose presupponga una serie continua, ininterrotta di associazioni psicologiche omogenee ed uniformi. Ora questa omogeneità ed uniformità non è possibile nella specie, perchè il termine e l'oggetto delle nostre esperienze, dei nostri nessi interiori, ossia il potere positivo, è eterogeneo e disforme di sua natura; onde l' adesione inconsciente del soggetto alla autorità di esso ha un contenuto variabilissimo, e muta del continuo la rappresentazione o la serie delle rappresentazioni che quel potere ha provocato

in quel soggetto e che giacciono deposte nel fondo inconscio dello spirito di questo. — Ma, anche ponendo da banda questa disamina, è evidente che dall' indole inconsciente di questa pretesa associazione psicologica segue, appunto, il πρῶτον Ψεῦδος della psicologia morale che si poggia sovra di essa. Perché, in tal caso, é manifesto che l' autorità obbiettiva della norma si fonda sopra un fenomeno d' inversione o conversione psicologica, sovra un inganno tenace dell' istinto, che, svelato e sventato dalla coscienza e dalla riflessione critica ridesta e matura, perde ogni fascino ed ogni virtù magicamente operosa sulla condotta morale dell' uomo. La morale dell' *associazionismo* è sostenibile finché perdura il periodo infantile della incoscienza; non appena si sveglia il potere critico della coscienza e l' uomo discerne la vera portata dei fattori originarî del suo sentimento morale, non appena egli si avvede che quell' imperativo categorico, quell' intuito spirituale del valor morale della legge è una illusione, una insidia tesa a lungo, con successo, alla sua ingenuità, non appena, dico, egli scopre e conosce tutto questo, di quell' imperativo, di quell' intuito, di quel sentimento morale, di quel rispetto non rimane più che il sogghigno del cinico e degli *spiriti forti* ed il caposaldo dell' associazionismo è infranto miseramente. La fede cieca del soggetto nel preteso infinito della forza del potere imperante, quella fede sovra di che il Kirchmann fonda inconsultamente la sua filosofia morale e giuridica, si spegne nello spirito dell'uomo, tostochè egli acquista quella mediocre maturità di sviluppo che è sufficiente a fargli com-

prendere che quella sua fede è un abbaglio, un' allucinazione, che quella forza che gli pareva infinita è finita come tutte le altre ed è, a tempo ed a luogo, vincibile nè più nè meno della sua. La morale dell'associazione è inerme contro la logica satannica di chi dicesse: Io sono uscito di tutela, ho penetrato il problema delle cose ed ho forzato il velo che lo copriva agli occhi miei; grazie alla riflessione, ho superato le mistiche e pietose fantasie della mia infanzia; mi sono accorto che la maestà della legge si traduce, al trar dei conti, nell' arbitrio di un uomo, che il caso ha posto oggi a capo degli altri ed il caso stesso manderà domani a malora: il *punto di vista* etico e giuridico, il dovere, non conta più nulla per me: confesso che contava molto per lo innanzi, durante la immaturità dei mio pensiero, ma oggi che, come vedete, io sono riuscito a rapire il segreto delle cose, quel *punto di vista* l' ho superato ed è per me roba da ferravecchi (1).

E pazienza questo risultato contraddicesse soltanto alle esigenze della morale. Una filosofia che ha ucciso il sentimento, *per veder com'era fatto*, potrà, magari, sostenere a viso aperto l'immoralismo assoluto, pur di salvare la sua logica. Gli è che quel

(1) Questo πρῶτον Ψεῦδος della teoria dell'associazione è rivelato luminosamente dal *Guyau*, il rimpianto autore de *La morale Anglaise contemporaine*. E già, a proposito del Kirchmann, lo aveva accennato l' *Hartmann* — Phaenomenologie des sittlichen Bewusstseins — Prolegomena zu jeder künftigen Ethik (1879) I. 59 61 Ivi è criticata profondamente l'eteronomia del Kirchmann ed in genere di tutte le teorie che poggiano la morale sovra principî autoritativi.

risultato contraddice anche alla esperienza ed è in reciso dissidio con la stessa fenomenologia della coscienza morale. Perchè il sentimento del dovere sopravvive, perdura nel fondo più sacro della nostra coscienza, senza che la riflessione e la scepsi sia riuscita a bandirnelo. Perchè l' intuito della legge come legge, quell' intuito che dovrebbe già essere sparito all' uomo della critica, è invece tanto più operoso e possente, quanto più maturo è lo sviluppo intellettivo dell' uomo e quanto più fine è la sua riflessione ed il suo discernimento. Quell' intuito è, invero, un universale e, quindi, tanto più vivo, quanto più il pensiero si emancipa dalla rappresentazione dei particolari. Le scuole filosofiche han potuto atteggiare e mutare a talento la materia della morale, ma non han potuto mutarne la forma. L' edonista dirà che è dovere la ricerca del proprio piacere; l'eudemonista sociale dirà che lo è la ricerca dell'utile collettivo: il purista, la vittoria sugl'impulsi naturali e così via: ma tutti diranno che quello che essi propongono alla elezione umana è un dovere. Lo stesso Kirchmann non può fare a meno della forma del comando, forma che concepisce come assoluta, perchè mutano i poteri e quindi le fonti dell' *Achtung* e non muta, o non dovrebbe mutare secondo il suo assunto, l'*Achtung*.

Tolta, adunque, al sentimento del rispetto verso la forza imperante quella portata ideale che il Kirchmann vorrebbe derivargli dal processo della evoluzione giuridica, non gli rimane che il suo contenuto primigenio, nudamente e brutalmente materialistico. Per soverchio aborrimento dall' autonomia

del volere Kantiano, anche da quello che vi è di sano e di vero, il Kirchmann cade nella più esagerata e repugnante eteronomia. Lo spirito, non solo non è più creatore *ex nihilo* delle leggi della morale, ma non è più nemmeno un soggetto morale e ci si presenta come il puro recipiente meccanico di una volizione arbitraria che gli si impone dal di fuori. Ma, forse e senza forse, questa essenziale contrapposizione al pensiero Kantiano non toglie che la dottrina del Kirchmann sia, sotto altro rispetto, la derivazione logica del modo onde il Kant concepisce i rapporti tra l'esperienza ed il mondo noumenico. Il Kirchmann fonda l'operosità positiva del precetto sul rispetto della forza del legislatore, e non già sull'intuito del valore ideale della legge, perchè egli muove da un sottinteso trasmessogli dalla filosofia Kantiana. Ed il sottinteso è questo: che l'operosità empirica della norma non possa essere provocata da una massima razionale e sovra-empirica, ma debba essere prodotta da un motivo empirico del pari, per effetto della radicale scissura che si è posta tra l'esperienza e la ragione, tra il motivo e la forma del volere, tra la razionalità della massima e la sua operosità sul soggetto; onde ciascuno dei due termini non ha attinenza, non ha *abitudine* all'altro. Il materialismo del Kirchmann è il portato estremo di un sistema purista, che doveva, presto o tardi, forzato dalla logica, legittimare, nel dominio della operosità pratica della legge, ossia della morale in atto, quell'empirismo, che aveva già escluso dal dominio del puro volere, ossia della morale in potenza. Il che si dee all'aver dimenticato che, nè

l' intuito del dovere è pura categoria di ragione, nè la pratica efficienza della legge è puro motivo empirico; e che la virtualità etica, la forza morale del precetto, (quella forza morale che le teorie della coazione non intendono e non intenderanno mai) rappresenta, appunto, l'unità dialettica dei due momenti, che il purismo ed il materialismo rappresentano, per vie ed intenti opposti, come contraddittorî: il momento razionale e l'empirico, la speculazione e la storia.

§ 2.° Il principio della volizione soggettiva originaria della norma. (*Anerkennung*). — E. N. Bierling.

Questa forza morale oggettiva del precetto giuridico eccede, pur troppo, la portata della semplice fenomenologia, la quale, non potendo superare, per logica di cose, i confini della esperienza immediata, può solo, nella migliore ipotesi, derivare la operosità empirica del precetto da un motivo psicologico, il quale la metta, almanco, in grado di oltrepassare le angustie del naturalismo. Questo, appunto, è stato il proposito del Bierling, le cui dottrine rappresentano, quindi, lo sforzo supremo del realismo giuridico e, direi quasi, l'anello di congiunzione di quello con la filosofia. E della filosofia il Bierling non nega la legittimità e l'ufficio. Egli professa chiaramente, che il quesito ch' ei si propone non è « *was soll das Recht* » bensì « *was ist das Recht* (1) »

(1) Das Wesen des positiven Rechts und das Kirchenrecht - nella Zeitschrift für Kirchenrecht del *Dove* e del *Friedberg* - XIII Bd. S. 256, 286.

con che, per altro, non nega che quest'altro quesito si possa proporre a sua volta, nè ricusa l' antitesi del dovere e dell' essere e, quindi, della filosofia e della fenomenologia. Egli appartiene all' indirizzo realista, più per l' argomento che tratta e pel problema che dibatte, che per adesione esplicita al sistema. In fondo, la vocazione di lui è più filosofica che empirica.

Per il Bierling il dritto (e s'intende il dritto fenomenico) è inconcepibile indipendentemente dalla cooperazione spirituale e dall'adesione volitiva dei soggetti: nello spirito dei quali esso deve essere stato operoso prima che si vada oggettivando nelle norme giuridiche. Come il colore ed il suono mal può concepirsi senza un soggetto che veda, o che senta, come non può darsi verità che non sia riconosciuta come tale da un dato soggetto pensante, così non vi ha dritto che non sia stato riconosciuto come dritto da un dato numero di soggetti consociati. *Das* « Wirken » *einer Wahrheit viel mehr zu denken ist als ein* « Gewirktwerden » *wozu die Geister, auf welche das Genannte zu wirken scheint, sehr wesentlich mitwirken* (1). La verità non può astrarsi o differenziarsi dal possesso soggettivo di essa: o che venga prodotta originariamente dalla intima virtù del pensiero, o che venga proposta dal di fuori, la verità è sempre una inerenza permanente del nostro spirito. Ora lo stesso ha luogo della norma giuridica. La norma in vero, o che venga creata dal nostro volere, o che ci venga imposta dal di fuori, è sempre un possesso

(1) Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II, 357.

permanente dello spirito nostro: e la sua esistenza non è altra cosa che quel suo essere operosa nel nostro spirito. E si dice possesso permanente, perchè la norma permane nella nostra coscienza per una cotal forza superiore alla stessa nostra riflessione; di guisa che essa è sempre presente in noi, ed i nostri poteri rappresentativi sono in associazione recondita ed indelebile con essa (1). Or bene questo inerire della norma alla nostra coscienza, questa spontanea, diuturna operosità psicologica per cui essa è un motivo in atto ed un motivo durabile e tenace della nostra condotta, questa specie di solidarietà spirituale della norma con la nostra coscienza, costituisce, a parere del Bierling, il momento costitutivo del dritto ed è quello che differenzia la norma *giuridica* da ogni altra specie di norma. Egli la formola, dico quella solidarietà, con la parola *Anerkennung,* la quale importa non solo l' assentimento ad una norma già data, ma altresì una sorta di rappresentazione creativa di norma che non è ancora, ed è, ad un tempo, volizione di norma preesistente e vocazione primitiva ed interiore verso una norma non resa peranco oggettiva.

Questo suo principio l'A. oppone alle scuole filosofico-giuridiche più in voga: dalle cui lacune e dai cui errori egli, con abile intreccio della critica dell' altrui con la dimostrazione del proprio e con discorso non scevro di petizione di principio, desume argomento a legittimare la sua formola preferita. Alle teorie materialistiche della forza egli op-

(1) Ibid. 358-359.

pone che la forza non è sola fonte storica e solo sostegno di fatto del dritto, nè basta in verun modo a spiegarne la natura.

Le stesse teorie naturalistiche inconsciamente idealizzano il principio della forza, rappresentandola quasi come mezzo ad ordine più alto. O che con lo Spinoza e l' Haller si legittimi la forza come strumento di volontà divina, o che con altri le si ponga a sostegno il fine del tornaconto individuale o del benessere collettivo, è sempre un principio superiore alla pura e semplice forza che si pone in essere, un principio che legittima la soggezione del più debole come dovere e la superiorità del più forte come dritto, un principio per cui un rapporto quantitativo di forze è sollevato a rapporto morale, di pretensione da un lato, di obbligo dall' altro. Per erigere su basi incrollabili il materialismo della forza, è uopo prima poter dimostrare che, per un verso, il sentimento della forza (*Machtgefühl*) coincida necessariamente, nella coscienza del più forte, col sentimento del dritto, e, per un altro verso, che il sentimento della debolezza (*Scwächebewusstsein*) coincida nella coscienza del più debole, col sentimento del dovere: la qual coincidenza è apertamente contraddetta dalla esperienza. La stessa forza non opera fisicamente, come per una specie di transizione immediata, ma per mezzo dei sentimenti che sveglia e suscita nel soggetto, (paura o soggezione) i quali sentimenti non si associano necessariamente alla rappresentazione della forza altrui. L' esperienza più usuale c' insegna che la rappresentazione della forza altrui può in taluni, non che il timore, acuire anzi la combattività e la

resistenza; ed anche ove promuova il timore, la percezione della forza è, in tal caso, uno solo dei tanti motivi che operano sovra il soggetto che teme (1). Ogni coercizione del volere altrui è condizionata al consentimento, anzi alla provocazione ed all' invito (*Entgegenkommen*) dello stesso volere che si coerce: il qual consentimento, si badi, non è un assenso temporaneo e limitato al caso particolare, ma un assenso divenuto massima di condotta, come a dire un rapporto di permanente e sistematica soggezione del volere alla forza (2).

L' Hegelianismo poi, aggiunge il Bierling, non è più atto del naturalismo della forza a spiegare il momento costitutivo del dritto. Esso ha il torto di concepire lo spirito universale come operoso soltanto nella coscienza del legislatore: dovechè quello dovrebbe essere concepito operoso altresì e segnatamente nell' anima dei singoli soggetti consociati, e non già simultaneamente, bensí anteriormente che in quella del legislatore. Perchè l' *Anerkennung* deve

(1) I. pgf. IV.

(2) Alle wirkliche Macht über fremde Willen ist also durch ein gewisses gleichzeitiges Entgegenkommen dieser Willen bedingt. Alles was man schon vor diesem Entgegenkommen so nennten wollte, ist nur die grössere oder geringere Fähigkeit, dem fremden Geiste Motive näher zu bringen, die Beachtung zu finden pflegen, aber doch niemals schlechthin finden müssen. Ia man wird offenbar noch weiter gehen und sagen müssen: *Nicht schon das Entgegenkommen im einzelnen Falle, sondern erst ein nicht auf einen einzelnen Fall beschränktes Indienstellen des Willens seitens der Willensinhaber unter dem Willen des Dritten begründet dessen Macht als eine wahre und zumal dauernde Macht* Ibid. S. 54.

essere presente di già nel momento in cui vien fuori la legge, di guisa che la forza imperativa della legge stessa non venga subordinata ad un' accessione sopravveniente *(Hinzutreten)* del consenso degl'interessati. Di che dà ragione il dritto consuetudinario, come quello che viene in essere senza la cooperazione e l' intervento del legislatore e vive di vita autonoma nel fondo dello spirito popolare; la qual vita autonoma non può spiegarsi altrimenti che col supporre preesistente nell' animo dei singoli soggetti l' *Anerkennung* della norma (1).

L' *Anerkennung,* il previo consenso, è, adunque, il momento costitutivo del dritto e della sua forza imperativa. Essa, però, c' insegna l' A, va distinta rigorosamente dal contratto, al quale la si potrebbe, a prima giunta, assimilare. Questo è sempre libero e consapevole, quella può essere altresì inconsciente e necessaria: oggetto dell'uno è il dritto soggettivo, dell' altra il dritto oggettivo, ossia la fondazione di norme universali: l' uno esprime una volizione passeggera e temporanea e l'altra è un processo abituale e duraturo, di guisa che la stessa obbligatorietà contrattuale non segue dal contratto in sè, ma dal riconoscimento tacito e sottinteso, dall' *Anerkennung* di una norma che impone l'osservanza del contratto stesso: l'uno è bilaterale di sua natura ed ha valore in quanto è espresso, dovechè l'altra può ben essere umilaterale e si traduce in una tacita vocazione della coscienza interiore (2).

(1) pgf. V.
(2) I. 6-8.

L' *Anerkennung* è tutt' uno che un rispetto perenne, ininterrotto, abituale di principî. Essa è una massima piú che una volizione o, se si vuole, la massima che sta in fondo a tutte le volizioni e che fonda la forza imperativa di esse. Epperò, la teoria dell' *Anerkennung* presume di essere ben altro che un ricorso della teoria contrattuale. Il Bierling professa esplicitamente di riconoscere bensì nel contratto « *eine wichtige Form der Rechtsbildung* » (1) ma nega che il contratto sia sola forma e solo sostegno del dritto. Il contratto è forma di dritto, solo perchè ed in quanto lo proclama tale il diritto positivo, ossia il complesso delle norme riconosciute dai soggetti di un dato gruppo sociale, la creatura dell'*Anerkennung*. Il contratto, che nella teoria del *Naturrecht* è forma primaria, incondizionata, assoluta del nascimento del dritto, si presenta invece, nella teoria dell'*Anerkennung*, come forma secondaria e derivata. Il contratto è, egli ripete, forma autorevole del dritto, solo perchè al contratto *inest* o *subest* l' *Anerkennung* di una norma che ne impone la osservanza ed il rispetto (2). L' *Anerkennung* è vero e

(1) I 75.

(2) Alla seguente obbiezione opposta dal *Trendelenburg* (Naturrecht 2. Aufl. S. 88) al neo-contrattualismo giuridico « wo der Begriff der öffentlichen Anerkennung in erste Linie (bei der Charakteristik des Rechtes) gestellt werde, führe er nothwendig zur Lehre vom Ursprunge des Rechts aus der Uebereinkunft » così risponde il Bierling « Nein, gerade umgekehrt liegt die Sache; die fortgesetzte thatsächliche Anerkennung des Grundsatzes, dass einer Uebereinkunft Folge gegeben werden müsse, macht allein die Uebereinkunft zu einer rechtlich wirksamen.... Iedenfalls liegt mir nicht ferner, als in der blossen

solo principio originario della fenomenologia giuridica. Epperò essa preesiste o inside a tutti i principî, a tutte le forme derivate, sia il comando del legislatore o la volizione dei soggetti. Si dice comunemente che il dritto è un termine derivato della società. È vero proprio l' opposto: la società è un termine derivato dal diritto. La convivenza sociale è inconcepibile indipendentemente dal previo riconoscimento delle norme di convivenza, dall'*Anerkennung*. Erra in fondo la scuola storica a ravvisare nel popolo la fonte del dritto: il popolo è piuttosto il prodotto del dritto. Ad una società ordinata deve preesistere la norma che v' impronta l'ordine. Le regole del convivere procedono il convivere e lo rendono possibile (1).

Questa, nelle sue linee fondamentali, la dottrina del Bierling. Essa ha avuto origine meno da una speculazione deliberata del suo pensiero, che da un interesse pratico: quello di dimostrare, lui per vocazione cultore del dritto ecclesiastico, contro la teoria dominante sostenuta di proposito dal Meier, (2) che le norme riconosciute nella cerchia della Chiesa sieno del pari rigorosamente giuridiche che le leggi

Thatsache irgend einer Uebereinkunft, eines Versprechens oder Vertrags, überhaupt in irgend einer einzelnen Willens-*äusserung* etwas schon an sich bindendes zu erblicken. *Das Bindende liegt immer nur in dauernden Unterwerfung unter einen Grundsatz, der an diese Willensäusserung bestimmte Forderungen und Pflichten für uns knüpft* u. s. w. Zeitschrift f. Kirchenrecht. Vol. cit. 288-289 (nota).

(1) Zur Kritik.... I. 83-84.

(2) Zeitschrift.... X Bd.

dello Stato. Al quale uopo ragione di cose voleva che egli, alieno dal riconoscere il diritto della Chiesa come magistero ed ordinamento divino, facesse appello ad un criterio subiettivo, elastico abbastanza per poterlo accomunare, senza venir meno alla logica, alle norme dello Stato ed a quelle della Chiesa ad un tempo. Un addentellellato alla sua teoria egli lo trovava del resto, bello e pronto, nel Bethmann-Hollweg, il quale era venuto forzando i dati psicologici contenuti nel vecchio storicismo, sino a raffigurarli come presupposti della evoluzione giuridica. *Kein Verhältniss von Mensch zu Mensch denkbar ist, das nicht von Beiden zunächst als ein rechtliches gedacht würde;* aveva detto il B.-H. ed aveva indi aggiunto « *ein solches Verhältniss niemals eine blosse äusserliche Thatsache, die ihr rechtliches Gepräge erst von anders-woher zu erwarten hätte, sondern vielmehr das Recht dem Verhältniss, als einer Beziehung vernünftiger Willen auf einander, immanent ist* (1). Al Bierling non rimaneva, adunque, che svolgere questa immanenza del dritto nei rapporti sociali nella forma dell' *Anerkennung*.

Il significato realista di questa immanenza del dritto nei rapporti sociali (che, nella dottrina del Bierling, appare anche piú limpido per il proposito deliberato che egli enuncia (2) di voler bandire quell' equivoco razionalistico che si nasconde nelle parole « vernünftiger Willen » del B-H.) differenzia l' *Anerkennung* dalla teoria contrattuale più che i

(1) I 6-8.
(2) Zur Kritik... pgf. 75.

contrassegni escogitati dal nostro A. La teoria contrattuale insegna, che condizione necessaria perchè un dato rapporto sociale sia legittimo è l' intervento della convenzione, ossia della libera volontà dei soggetti. Il Bierling, invece, insegna che condizione necessaria perchè il rapporto giuridico esista di fatto è l' intervento dell' *Anerkennung*, ossia il previo riconoscimento di una norma fondamentale che lo governi. Il primo problema è filosofico e normativo, il secondo è semplicemente fenomenologico, genetico, positivo. Tuttavia (e torto del Bierling è non volerlo riconoscere o non averlo riconosciuto abbastanza) la teoria dell' *Anerkennung* si ricollega allo indirizzo contrattuale, latamente inteso, per la parte che essa fa al momento volitivo, spontaneo, individuale nella formazione e nella istituzione del dritto. L' *Anerkennung*, che si discerne dal contratto per la nota d' incosciente e di sottintesa che il Bierling le appone, ha tuttavia col contratto un rispetto comune.

L' una e l' altro sono stati di coscienza del soggetto, il quale non è, quindi, la materia servile degli ordini dello Stato o della forza del superiore, nè il foglio bianco sul quale le contingenze esteriori imprimono a talento i proprî caratteri. Forse e senza forse ed adoprando una certa latitudine di linguaggio, la teoria dell' *Anerkennung* è una teoria *neo-contrattuale*, che assume gli stessi motivi e principî del vecchio contrattualismo e solo ne sposta il significato da un ordine di problemi ad un altro, dal dovere all' essere. Questa inversione di problema non s' inizia, del resto, dal Bierling. Chi volesse analiz-

zare le intime sfumature del pensiero Germanico in questo secolo e fermare quei punti intermedî o quella serie di *momenti dialettici*, come direbbe la scuola Hegeliana, per via dei quali il problema dell' idealismo si va snaturando nella tesi realista, potrebbe, forse, intravedere, nella tradizione della filosofia contrattuale, una specie di evoluzione secreta che, affaticandola di grado in grado, convertì il significato metafisico ed il criterio normativo, che era il contenuto originario di quella filosofia, in un significato fenomenologico ed in un criterio psicologico e genetico. La scuola storica è, in fondo, un momento di questa evoluzione; la sua formula della *Volksbewusstsein* è una conversione della ragion normativa del dritto naturale razionalista in un sentimento demo-psicologico, in un fenomeno della coscenza collettiva. Questo radicale rimaneggiamento della teoria contrattuale doveva poi apparire tanto più seducente, quanto più ampia sicurtà esso parea che fornisse di colmare i vuoti e di risolvere i problemi, aperti e lasciati insoluti da quella. Il contrattualismo, che, come teoria normativa, sembrava in urto coi principî fondamentali dell' etica pel subiettivismo che solleva a sistema, come teoria genetico-positiva, invece, prometteva o promette di fornire una indagine acuta dei presupposti psicologici e delle condizioni soggettive del dritto. Gli è per virtù di questi motivi ideali che vien su il neo-contrattualismo contemporaneo, il quale, anzichè formolare un principio di obbligazione doverosa, intende ad una critica della sociogenesi, ossia ad una ricerca dei presupposti della società e del dritto. Suo sostegno è il seguente criterio: l' esistenza dell' associazione umana non

è possibile senza la cooperazione spirituale dei soggetti al vincolo associativo. È, in fondo, l' applicazione al dritto di quello *psichismo* (se mi si consenta la parola) che domina oggi in altri rami del sapere e che fa sì che, nella spiegazione e nella interpetrazione dei fenomeni dell' universo, si dia importanza precipua a motivi di ordine spirituale. Ed è, forse, un' applicazione non inopportuna (come si vedrà meglio in seguito) se si pensi che l' ordine giuridico è ordine morale, e quindi i motivi spirituali vi stanno più a posto che altrove, e che questa ricerca dei presupposti psicologici è la sola che prometta di esautorare quella inconsulta rievocatrice della *tabula rasa*, che è la sociogenesi della evoluzione.

Se non che, questo *neocontrattualismo psicologico* è nel Bierling una semplice esigenza, della quale primo a non avvedersi è egli stesso: non è una proposizione proseguita con meditata consapevolezza, nè una prova. Diffiicile è, anzi, trovare un' altra dottrina, nella quale il dissidio tra l' esigenza ed il contenuto reale, tra la pienezza, la novità, la vitalità dell' una e la deficienza e la sterilità dell'altro sia più aperto ed acerbo. Abbondano, segnatamente, incertezze ed equivoci che tolgono ogni rigore ed esattezza scientifica all' *Anerkennung*. Qua e là, invero, questa cooperazione spirituale viene assunta non già come un fatto, come uno stato reale della coscienza e delle coscienze individuali, ma come una ipotesi intellettiva, come una condizione necessaria del nostro concepimento dell' associazione (1). Ed

(1) Cf. in specie il già cit. art. nella Rivista del *Dove*, dove si tesoreggia il contrattualismo ipotetico del Kant.

allora essa depone il suo ricco contenuto psicologico, per assumere una portata puramente logica, e rappresenta il ricorso del Kantismo. Altrove, poi, essa perde il carattere di ipotesi intellettiva o di postulato razionale e diventa mero sinonimo della legalità costituzionale delle leggi dell' associazione. L' *Anerkennung*, allora, non dissimula la sua affinità sostanziale col *contratto sociale* e con la *sovranità del popolo* e rievoca, inopportunamente, il vecchio contenuto normativo del contrattualismo (1).

Nè solo l' *Anerkennung*, è polisensa, ma manchevole altresì in qualsiasi senso la si assuma. L'*Anerkennung* è un giudizio non un motivo efficace della coscienza: l'adesione intellettiva ad una norma non basta a spiegare la virtù che questa ha di determinare i soggetti. La psicologia c' insegna che l' assenso intellettuale e la deliberazione volitiva sono due stati di coscienza ben diversi tra loro; e dall' uno non si passa all' altro nè sempre, nè senza motivi efficaci, ossia senza la virtù del sentimento che renda operoso quell' assenso intellettivo. L' immanenza della norma nella coscienza non risolve il problema: perchè può bene la norma inerire alla facoltà rappresentativa ed intellettiva, senza che per questo ella debba inerire necessariamente alle facoltà emozionali e volitive. Oltredichè, sentirsi attratto verso una norma è volerne il possesso di fatto: un possesso che manca e che, appunto perchè manchevole, aguzza il desiderio ed il bisogno. Ora le coscienze delle persone associate hanno già in anticipazione, nella teoria o nella ipotesi del Bierling,

(1) Ibid. e=Zur Kritik. — passim.

il possesso spirituale della norma, la quale, se preesiste al fatto dell' associazione, deve necessariamente sussistere nelle unità originarie dell' associazione stessa. Di qui segue che esse non sono punte da quel senso di manchevolezza e di bisogno, che sarebbe necessario perchè *tendessero* di fatto verso la norma ed anelassero a recarla in atto. Il loro *disio* si *acqueta in un punto* solo: nello stesso possesso razionale che hanno o che trovano in sè stesse. L' *Anerkennung*, precisamente come la ragione del *Naturrecht*, è, per necessità di cose, quiesciente ed inerte.

La deficienza dell' *Anerkennung* si chiarisce dagli spedienti onde l' A. si studia d' integrarla. Così ad es. egli le appone la qualifica d' inconsciente e di unilaterale per far rientrare nell' ambito segnato dalla sua formula prediletta anche quei casi giuridici, che per la loro intrinseca natura, escludono la possibilità di un riconoscimento e di una volizione della norma: ad es. i rapporti con bambini, alienati ecc. E da una, *partim* incosciente e *partim* unilaterale, *Anerkennung*, egli si affatica a derivare, con assai poca opportunità, i doveri di famiglia (1). Con che, per altro, egli dimentica che l'inconsciente può essere utile ripiego in un problema psicologico, non già in un problema etico. Condizione indeclinabile della moralità è la consapevolezza dell' agente. L'incosciente, quindi, non giova. Senza dibattere poi il quesito se l' *Anerkennung* incosciente non sia un paradosso anche sotto il rispetto fenomenologico, è

(1) Zur Kritik I 92-93.

bene, per altro, notare che l' *Anerkennug*, per quanto incosciente essa sia, è pur sempre un fenomeno intellettivo. Ora nei bambini, negli alienati, negl' ignoranti della norma l' attività intellettiva o è sonnecchiante o traviata o priva di oggetto: non che la consapevolezza, ossia il predicato, manca in essi l' *Anerkennung*, ossia il soggetto: la quale quindi non può piú oltre assumersi a formola universale della fenomenologia del dritto, quando è provato che essa difetta in parecchi rapporti giuridici.

Nè a ciò si fermano le lacune ed i torti della *Anerkennung:* v' è, anzi, un torto più grave ancora: il formalismo puro, che approssima quella nozione alle vecchie massime del contrattualismo e l'estremo subiettivismo al quale essa mena e che le vieta di fornire una spiegazione quale che sia del fenomeno sociale e giuridico.

Perchè, evidentemente, l' *Anerkennung* è pura forma soggettiva dell'atto associativo, vuota di contenuto determinato: (1) nè v' è ragione alcuna di norma oggettiva che le dia lume e guida. Ogni sorta di norma di qualsiasi sorta di convivenza potrà essere oggetto di *Anerkennung,* la quale non sarà più il momento costitutivo differenziale del diritto, quando sia il momento formale comune a tutte le associazioni, anche a quelle estra-giuridiche o antigiuridiche. Che se l'*Anerkennuug* vuol dire la adesione viva, spontanea, inconsciente dei soggetti

(1) Consulta, in proposito, la critica del *Wundt* Ethik 492-493 (in nota).

ad *alcuni* principî fondamentali che moderano la associazione, pare allora, ed a buon diritto, ch'essa debba essere assunta piuttosto a formola del *Costume (Sitte)* che del diritto. Nel costume v' è quel vivace e spontaneo sentimento di una norma comune fondamentale e v' è quell' assenso irriflesso delle coscienze o quell' abito di assentire, che sono caratteri che si associano ai periodi primitivi della evoluzione morale, nei quali nè sono per anco differenziati gli ufficî ed i ceti sociali, nè la compenetrazione spirituale delle singole coscienze in una specie di *sensorium* comune è perturbata e scossa dalla scepsi della riflessione individuale. Dovechè il dritto (la scuola storica, che non seppe differenziarlo dal costume, non lo ha compreso) è già un po' il prodotto di una certa divisione del lavoro sociale, di una maturità più o meno incipiente dei soggetti, di un risveglio della riflessione cosciente. La pretesa spontaneità dell' *Anerkennung,* nel dominio del diritto, è una ripetizione, assai poco opportuna, del misticismo pietista, onde la scuola storica ha concepito la fuori-uscita del diritto dalle profondità della coscienza popolare. Il convergere delle volizioni dei tanti soggetti di un gruppo sociale in una serie di principî fondamentali comuni (senza di che il vincolo associativo non verrebbe alla luce e la *Anerkennung* non avrebbe costrutto) è, nel libro del Bierling, un tacito sottinteso, non una dimostrazione. Forse egli ha dovuto evitare un quesito al quale non gli era dato di rispondere: perchè, invero, la mobilità soggettiva del contenuto dell' *Anerkennung* contradice alla possibilità, non che all'esistenza, di

quel mediocre *consensus* di soggetti, senza di che un fenomeno sociale, quale è il diritto, è inconcepibile.

Al soggettivismo della sua formola che, come il lettore avrà potuto vedere, è il portato di quella confusione, che fa il Bierling, dell' esistenza oggettiva e della esistenza soggettiva della verità, dell'*esse* e del *percipi* (ricorso della dottrina di Berkeley) l' A. crede di ovviare deducendo la continuità, la immanenza e l' irrevocabilità dell' *Anerkennung*. Ma, anzitutto, quella irrevocabilità è arbitraria, perchè non ci si dà nessuna massima imperativa sulla quale si fondi: e quella continuità ed immanenza sono un vano ripiego. Invero la tenacità onde il soggetto perdura nell' *Anerkennung* o è un proposito deliberato della sua coscienza, o è un procedimento inconsciente: nel primo caso l' A. dovrebbe dirci il criterio che indirizza e determina quel proposito e quindi conferire all' *Anerkennung* un contenuto, il che egli non ha fatto: nel secondo caso, poi, egli cade nel πρῶτον Ψεῦδος della psicologia morale e giuridica che fonda sull' inconscienza del soggetto la tenacità dell' osservanza di un dato precetto: la maturità del pensiero riflesso e la crisi della coscienza, scrollano, da un momento all' altro, quel consentimento dello spirito che non aveva altra base che l' illusione e l' ignoranza. Senza dire che il soggettivismo sarebbe per sempre irreparabile anche nell' ipotesi dell' incoscienza: perchè, in tutti, i casi il Bierling può dimostrare che sia permanente l'*Anerkennung* come forma, non che permanga il suo oggetto.

Dalla teoria del Bierling, tutto sommato, non rimane di nuovo, di profondo, di luminoso che un principio o, meglio, un sottinteso di alto valore ideale: la preesistenza del dritto alla società, della norma alla convivenza. È un sovrano principio della vecchia filosofia che il positivismo e lo storicismo hanno così allegramente deriso e che oggi torna tra noi, suffragato dalla fenomenologia e dalla critica della sociogenesi. Torto del Bierling è non averlo tesoreggiato abbastanza: merito altissimo averlo contrapposto all' empirismo naturalista. Il dritto precede lo Stato e lo rende possibile. Il naturalista, che concepisce il dritto come il prodotto puro e semplice della volontà dello Stato, dimentica che lo Stato, astratto dal dritto, non è più Stato, ma moltitudine amorfa, e che egli deriva il dritto dallo Stato dopo avere *anticipatione mentis* derivato lo Stato dal dritto. A lui difetta il discernimento critico necessario per comprendere che il termine dal quale egli muove non è il *prius* della ricerca: è il *posterius*. Se, giusta il luminoso intelletto del Vico, è natura dei principî che *da essi primi le cose escano ed in essi ultimi vadano a terminare*, il dritto è quel principio che non solo esprime il termine finale della fenomenologia, ma ne esprime altresí il termine iniziale. Tra questi due estremi, speculati dalla sintesi filosofica, procede la serie dei termini medî differenziati ed analizzati dall' empirismo.

CAP. III.

La degradazione della fenomenologia nella dogmatica e nella logica giuridica

Si è visto di già (Introd. e Cap. I) come la meta della nuova filosofia del dritto stia tutta nel sostituire alla speculazione di un tempo la scienza sintetica del dritto positivo. Con che, per altro, essa non rinuncia alla pretesa di essere una filosofia come le altre, anzi da meglio che le altre, ma solo si avvisa di adequare la meta con un procedimento alquanto diverso da quelle. La filosofia speculativa del dritto si reggeva sopra principî semplici: e questa semplicità non era il prodotto di un laborioso processo di astrazione dai fenomeni particolari, sì bene una premessa dello stesso processo induttivo, un termine di deduzione spontanea ed originaria. Era quindi vera unità e semplicità filosofica; vale a dire che quei principî fondamentali contenevano la vera ragion di essere delle proposizioni subordinate e dei fenomeni particolari; non erano un universale logico, ossia una forma o un segno comune, ma un uni-

versale reale, ricco di contenuto e di vita. I principî *unitarî* della odierna sintesi positiva sono, invece, di ben altra natura. Ottenuti, non da una intuizione diretta, ma da una induzione e sussunzione analitica, essi rappresentano l'unità o, per meglio dire, la *indifferenza* che risulta dalla esclusione fittizia del molteplice osservato, e non già l' unità vera che include e precontiene il molteplice accessibile alla osservazione.

Il che non toglie, per altro, che, inebbriati di quei loro principî unitarî e fondamentali del dritto, i nostri giuristi-filosofi non concepiscano il proposito di assumerli come pietra di sostegno per una *instauratio ab imis* della vecchia giurisprudenza dogmatica e che in questa *instauratio* essi riassumano il compito della filosofia del dritto. Dopo aver costruito il principio, essi mirano a ricostruire geometricamente su quel principio il complesso delle discipline giuridiche. I cultori del *Naturrecht* miravano a ricostruire l' universo morale a seconda dei loro *dictamina rationis:* i giuristi-filosofi della Germania odierna, i quali sono realisti e per i quali il mondo di fuori è oggetto di percezione e non di velleità riformatrici, si limitano a ricostruire soltanto la scienza giuridica. Nè questa ricostruzione, che si traduce nel conferire alla giurisprudenza dogmatica un preteso contenuto filosofico, dee recare maraviglia. Si poteva, anzi, metter pegno fin da principio che doveva essere precisamente così. Già abbiamo visto il Merkel dichiarare con sufficiente limpidità che la nuova filosofia giuridica è la risultante di un movimento doppio: la regressione della filosofia a scienza sintetica;

la progressione della tecnica o dogmatica giuridica a dottrina filosofica (Sez. prima - Cap. I). È insito, adunque, nel programma dei nostri giuristi-filosofi il risollevare, mediante una *Selbstbefruchtung* dei loro principî, i destini dottrinali della giurisprudenza tradizionale.

Alla qual giurisprudenza i novelli *riformisti* disputano il carattere di scienza. Essa infatti, a parer loro, non intende, come dovrebbe, allo studio sintetico della genesi e del nesso causale dei fenomeni giuridici (nel qual caso sarebbe scienza), ma si limita o, per dir meglio, si limitava ad una esposizione tecnica della struttura formale dei rapporti tipici di dritto. Già, fin dal 1848, il Kirchmann nel suo *pampflet « Ueber die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft »* si era fatto promotore di questo novo indirizzo, nel quale molti lo han seguito (basti ricordare tra tutti il più illustre, lo STEIN) (1). La giurisprudenza, in questo suo novo orientamento, non avrebbe più di mira il solo momento giuridico dei rapporti sociali, ma, altresì, il momento sociologico dei rapporti stessi. Da scienza formale del diritto ella si verrebbe così trasformando in una scienza delle cause efficienti e del sostrato materiale del dritto. Il suo termine ed oggetto si trasferirebbe dalla struttura superficiale al sottosuolo, dalla forma alla materia, dalla tecnica alla vita, dal *vinculum juris* al rapporto, meglio ancora dalla specie universale e tipica del rapporto a quel dato

(1) Gegenwart u. Zukunft der Rechts-u. Staatswissenschaft Deutschlands (1876).

e particolare rapporto di fatto e così via. Va da sè che il contenuto di questa pretesa giurisprudenza scientifica varia da scrittore a scrittore, e precisamente nella stessa ragione onde varia in essi il concetto che ciascuno si è formato del momento sociologico dei rapporti giuridici. Ogni filosofo-giurista ricostruisce la giurisprudenza sulla base della sua formula prediletta. Così lo Stein richiama la giurisprudenza all' esame analitico del fattore economico e del fattore politico, circoscrivendola nei termini di una scienza economica e di Stato, concepita con certa latitudine (1). Lo Jhering rielàbora e rifonde la dogmatica giuridica, spostando l' esame dalla forma del dritto alle utilità da quello garentite e sostituendo il momento pragmatico ed eudemonologico dell' *interesse* al vecchio momento della *volontà*. Il THON che piglia sul serio quella dottrina dello Jhering, secondo la quale gl' imperativi dello Stato si consumano nella cerchia dello Stato stesso, rifà anche lui, da capo a fondo, la giurisprudenza dogmatica, a servizio di questa specie di dialettica *ab intus* del naturalismo coattivo (2). Il Bierling ricostruisce a sua volta la scienza giuridica a norma della sua formola dell' *Anerkennung*, dalla quale deriva delle nozioni, che vorrebbero parer peregrine, sulla norma, sui dritti soggettivi ed altre categorie del genere.....

Io non m'indugerò quì ad oppugnare questo novello indirizzo di cose del quale ha fornito una cri-

(1) Op. cit.

(2) Rechtsnorm u. subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeiner Rechtslehre (1878).

tica perentoria un illustre scrittore russo, il Pachmann (1). Ma non posso astenermi dal notare che questa tendenza a trasferire l'ufficio della giurisprudenza dall' aspetto ideale all' aspetto materiale del dritto rappresenta un vero regresso scientifico. Questi innovatori ci riconducono inconsapevolmente all' empirismo caratteristico dei popoli primitivi, la mente dei quali, immersa nei particolari, non perviene alla nozione di norme tipiche, medie, universali, di forme pure, insomma, del dritto. Ogni richiamo che essi fanno alla materia del dritto è un invito a sceverare dalla nostra mente tutta quella serie di universali giuridici e di rapporti ideali, che vi è stata deposta dalla sapienza tradizionale, ed a tornare, di punto in bello, alle rappresentazioni empiriche dei fenomeni particolari e dei rapporti isolati di fatto. Quello che si domanda è di rifare a rovescio la evoluzione giuridica. Quel potente lavorío di analisi con cui l'umanità è venuta sceverando il momento giuridico dal momento economico o fisiologico o psicologico dei rapporti sociali, quel l'improbo processo di astrazione con cui si è riuscito, con fatica secolare, a coördinare i singoli casi della vita in un rapporto normativo comune ed a formulare la legge tipica di tale rapporto, quella evoluzione di cose, insomma, per cui i rapporti di fatto si sono venuti spiritualizzando in rapporti di dritto, *sub specie juris,* sarebbe stata frustranea, anti-scientifica, anti-positiva! Perchè, è questa, evidentemente,

(1) Ueber die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft (trad. ted.) Berlin 1882.

la logica alla quale mena questa *instauratio ab imis* della giurisprudenza. La forma ideale, la *species aeternitatis* del rapporto giuridico sfugge, per necessità di cose, ad una scienza giuridica che s'indirizza sulla materia di fatto, sul contenuto empirico del rapporto.

Che se, mettendo da banda l' assunto, si voglia esaminare il modo onde dai più lo si adempie e che non supera i termini di una ricostruzione concettuale della giurisprudenza, allora il giudizio da recare sovra una scuola, che si atteggia a filosofica e la quale, dopo aver tacciato di *Begriffspielerei* il dritto naturale, non sa poi fare di meglio che operare con concetti astratti come si farebbe coi simboli algebrici, non può essere che severo. Perchè è fuori dubbio che una rielaborazione di concetti, condotta pure con la maggiore accuratezza possibile, non è invenzione di verità nuove, è semplice rimaneggiamento formale di verità antiche che ha l' effetto di renderle più incerte e più buie. Fonte e radice del processo inventivo è l'intuizione dei rapporti ideali e la percezione dei fatti di esperienza. Il nudo e vuoto concetto astratto, nel quale il processo inventivo si mortifica e, direi quasi, si sterilizza, è più atto a raccôrre e semplificare le conoscenze avute altronde che ad avviarne di nuove. Una dialettica di soli concetti e che di soli concetti si alimenta sarà un processo meramente analitico e non segnerà mai un passo innanzi nel cammino dell' invenzione. Questo valore rispettivo della intuizione inventiva e dei concetti, dell' *Anschauung* e dei *Begriffe,* non ha bisogno di altre illustra-

zioni, dopo quella mirabile fattane dallo Schopenhauer (1).

La filosofia del dritto può aver errato nell' applicazione, ma non ha errato certo nel criterio metodico: il suo era un interesse materiale e non formale; suo oggetto erano le cose non i concetti: suo principio, l'intuizione del dritto ideale, o il responso della coscienza, ossia dell' esperienza interiore. Dovechè non sulle cose, ma sui concetti delle cose volgono le ricostruzioni dogmatiche della nuova giurisprudenza filosofica: non il dritto forma il suo oggetto, ma il concetto del dritto: non la vita giuridica e sociale essa mira a riformare con l' allegazione del suo preteso momento sociologico, ma la scienza: onde il suo interesse è puramente formale e dialettico. Ogni scienza mira a conoscere il mondo reale: gli *allgemeine-Rechts-Lehrer,* dopo aver tacciato di formalismo la giurisprudenza tradizionale, agognano, invece, a riconoscere, a rifare da capo un mondo concettuale. Eppure, questo spostamento dell' indagine dalla vita alla scienza, dalle cose ai concetti, è appunto il carattere differenziale della odierna filosofia positiva del dritto, la quale, avendo smarrito la visione luminosa delle *idee,* che sono un' anticipazione della vita reale, non ha oggimai altro sostegno che i concetti, nei quali quella vita è già spenta.

Nè solo i giuristi-filosofi, i quali hanno scoperta una nuova formola del dritto o del momento socio-

(1) Die Welt als Wille und Vorstellung - Ergänzungen zum ersten Buch. Cap. 6 e 7.

logico di esso, cadono in questa vuota dialettica di concetti, ma, con essi, tutti quei dogmatici o analisti, i quali, mal sapendo integrare le conoscenze giuridiche al lume di una intuizione filosofica, si avvisano di toccare altrimenti la meta con una sussunzione, con una filiazione e graduazione gerarchica di concetti. La *allgemeine Rechtslehre* ed in ispecie quella sezione di essa che intende alla ricerca dei così detti *Grundrechtsbegriffe* (es: *Norm, subjectives Recht, objectives Recht, Gesetz, Verordnung, Anspruch, Rechtsquelle, Rechtsgeschäft, Schuld, Verbrechen, Vertrag* u. s. w.) si traduce appunto in una reintegrazione concettuale della giurisprudenza dogmatica, nella quale è da lodare un certo senso critico ed analitico nel rivedere i concetti giuridici fondamentali, (il che forma un merito che essa ha comune con l'*Analytical School of Iurisprudence*) ma quello ed ogni altro pregio vi è offuscato dalla oziosità di certe disquisizioni scolastiche, dalla sottigliezza ingegnosa e spigolistra delle distinzioni, dall'abuso della dialettica e delle antitesi concettuali. Dalle quali mende non sono esenti i più illustri di questi *allgemeine-Rechtslehrer:* quali, oltre a quelli menzionati sopra, il BINDING, il IELLINEK e, per taluna sua opera, lo SCHUPPE (1). Del resto ciò non dee recare meraviglia: l'astrazione concettuale, l'interesse logico e formale doveva essere il termine finale di un indirizzo dottrinale nel quale il tenace bisogno

(1) Cito del Binding la nota opera « Die Normen und ihre Uebertretung. U. s. w. I 1872 e II 1877 »; del Iellinek « Gesetz und Verordnung 1887 »; dello Schuppe « Der Begriff des subjectiven Rechts 1887 » e « Das Gewohnheitrecht. 1890».

di sollevare la giurisprudenza a filosofia non si associa ad una percezione netta e limpida del vero assunto della filosofia del dritto. Alla qual filosofia venendo meno il saldo fondameuto della intuizione ideale e delle rivelazioni della nostra coscienza morale, non rimane che il nudo e semplice ufficio della integrazione logica e formale delle conoscenze: nè altro di meglio che questa integrazione logica essa può fornire dopo tante promesse alla giurisprudenza! Il WALLASCHEK, come per dimostrare che questo risultato non sa di acerbo agli *allgemeine-Rechts-Lehrer*, assegna di proposito alla filosofia del dritto questo unico ufficio: essere una logica della giurisprudenza. La filosofia del dritto avrebbe, per lui, l' ufficio di ricondurre il contenuto della legge positiva formolata dal giurista alle forme universali del pensiero: essa sarebbe una scienza del *pensiero* giuridico (1). Ed ecco la filosofia, ossia il tutto, degradata al livello di una sua parte: e ridotta ad una logica del dritto, anzi ad una fenomenologia del pensiero giuridico. Nè si dubiti che quelle forme del pensiero di cui parla il Wallaschek sieno una rievocazione delle forme Kantiane, ossia dei prerequisiti a priori della esperienza, No: queste *forme del pensiero* sono a *posteriori* e si porgono come il termine finale di un

(1) Wegen *ei=ner* logischen Formulierung und Anordnung der positiven Gesetze lässt sich ihr gesamter Inhalt zurückführen auf allgemeine Formen des Denkens: und diese Zurückführung des in der Rechtsordnung formulierten Inhalts auf allgemeine Denkformen ist die Aufgabe der Rechtsphilosophie: sie ist die Wissenschaft vom juristischen Denken. » Studien zur Rechtsphilosophie (Leipzig 1889) S. 107.

processo reversivo ed astrattivo. Non è la *logica maior* quella di lui, ma la *logica minor*, ossia la semplice notomia tecnica del raziocinio. Del resto, questa degradazione della sintesi del dritto nella logica del dritto è il portato conseguente del realismo, il quale, non avendo o non potendo avere altro indumento filosofico che quello che gli presta l' astrazione dei concetti, perchè gli vien meno l' intuito dell' essere, procede sempre tra i due poli estremi della logica formale e dell' empirismo materiale. Una logica che sia, ad un tempo, materiale sfugge ad una scienza che tra il vuoto pensiero ed il fatto bruto non vede altra mediazione che il concetto.

CAP. IV.

La giurisprudenza comparativa. **A. H. Post.**

L' investigazione comparativa di tutti gl' istituti giuridici della storia umana rappresenta l' esigenza suprema del realismo. L' esperienza assunta ad unico criterio conoscitivo delle cose non può toccare la meta ove non si allarghi a tutta la serie dei fatti, a tutto quello che è stato e che è. Ove la si limiti ad un fatto dato o ad un dato ordine di fatti, si contravviene al programma realista. Quel fatto o quell' ordine di fatti viene, allora, assunto come una rappresentazione tipica, un equivalente psicologico degli altri fatti ed ordini non dedotti in esame: il che vuol dire che la ricerca sperimentale è preoccupata da una intuizione soggettiva e che trascende i limiti della esperienza.

Nè tale investigazione appaga le esigenze realiste, ove non sia recisamente comparativa. La mera giusta-posizione dei fenomeni coesistenti nello spazio e successivi nel tempo è meno che nulla, ove i termini della coesistenza e della successione non sieno percepiti simultaneamente e non sieno com-

presi ed interpetrati col nesso e col rapporto che ha l' uno all' altro. Questa indagine di relazioni tra termini simultaneamente percepiti è comparazione. È da questa comparazione che il realismo giuridico s' impromette i più ampî successi, ed è con l'ausilio di essa che quello si avvisa di contrapporre al vecchio sostegno della filosofia, ossia alla intuizione dei rapporti ideali ed al criterio della coscienza interiore, la pretesa tradizione storica delle esperienze sociali e la osservazione degl' istituti giuridici nei quali si presume che la coscienza interiore si sia venuta oggettivando.

Il realismo, che ha tentato tutte le vie per conferire al suo contenuto un valore filosofico, doveva quindi tentare anche questa. Ed a costruire sulla base di lunghe, accurate, pazienti ricerche storiche e demo-psicologiche una giurisprudenza comparativa intende in Germania, fin dal 1878, la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft,* diretta dal Bernhöft, dal Cohn e dal Kohler, e nella quale conferiscono i loro studi e le loro ricostruzioni valorosi archeologi e storici del dritto. Per la natura del suo assunto questa giurisprudenza comparativa segna un reciso contrasto con quelle vedute anguste dei maestri della scuola storica, i quali limitavano il campo degli studî e delle ricerche al dritto romano, meritando l' acerba rampogna del Thibaut (1). Tuttavia, l' interesse realista che la muove

(1) Unsere Rechtsgeschichte, um wahrhaft pragmatisch zu werden, muss die Gesetzgebungen aller alten und neuern Völker umfassen; zehn geistsvolle Vorlesungen über die Rechtsverfassung der Perser und Chinesen werden mehr wahren

e dirige ed il criterio che la guida nelle sue ricerche addimostrano chiaramente che essa è con la scuola storica in rapporto di filiazione dottrinale. Quel criterio, infatti, è sempre criterio storico: e la indagine ricostruttiva è circoscritta sempre da divisioni o da periodi di tempo e da unità storiche: ella, cioé, procede sempre in ragione di tempo ed ha per oggetto le istituzioni di popoli concepiti, direi quasi, come unità psicologiche e morali della storia umana. V' ha, invece, in Germania un filosofo-giurista, il quale, nello stesso ordine delle ricerche storiche, si avvisa che possa farsi a meno del criterio storico, e che, nella serie degl' istituti giuridici, coglie non già una successione di periodi di tempo, ma una coesistenza di strati sovrapposti; che nella evoluzione della umanità vede in giuoco non popoli, ossia unità storiche, ma razze e gruppi etnici, ossia unità biologiche: che al criterio storico, insomma, sostituisce il criterio così detto etnologico. Parlo di A. H. Post, il quale, oltrechè cultore di un indirizzo peculiare della giurisprudenza comparativa, va reputato a buon dritto come il più poderoso espositore delle ragioni che militano in favore del metodo comparativo nella filosofia giuridica: tanta è, non la profondità dei suoi criterî, ma la tenacità della sua fede nella bontà di essi.

La giurisprudenza etnologica (questa è, nelle sue linee fondamentali, la dottrina di lui) si annunzia in

juristischen Sinn wecken, als hundert über die jämmerlichen Pfuschereien denen die Intestat-Erbfolge von August bis Justinian unterlag. *Thibaut* cit. da *Ahrens* op. cit. p. 174 in nota.

reciso contrasto a due cose ad un tempo: ad ogni sorta di filosofia del dritto che poggi sulla deduzione e derivi le sue conoscenze dal *criterio psicologico* (ossia, della coscienza interiore); e ad ogni sorta di ricerca o ricostruzione storica la quale si sorregga esclusivamente sul principio della connessione temporale dei fenomeni. Il criterio psicologico, ossia l'*introspezione* della coscienza individuale, non è atto a dischiuderci il processo intimo della vita del diritto, perchè la catena delle cause e dei cangiamenti è tronca a mezzo, e gli ultimi anelli di essa si perdono in quella regione inaccessibile, che è l' individualità, la personalità del soggetto. La esperienza psicologica può percepire i prodotti già dati, già belli e pronti della nostra coscienza giuridica, ma non può coglierne quel processo evolutivo che si nasconde sotto la soglia della coscienza. Senza dire che l' esperienza psicologica è inconcepibile come esperienza rigorosamente scientifica, perchè in essa il soggetto che osserva e l' oggetto osservato è tutt' uno: onde la osservazione è viziata e deformata dalla suggestione indistinta del soggetto. Miglior successo promette la osservazione dei prodotti sensibili e concreti nei quali la coscienza giuridica individuale si rende oggettiva, ma neanche su di essa è da fare a fidanza: perchè queste estrinsecazioni della coscienza individuale procedono in forma istintiva ed occasionale, onde non possono mai venire osservate in quella estensione che è richiesta, perchè formino un materiale vero di scienza e perchè sia dato di indurne un' analisi causale della vita del diritto. Oltredichè, è sempre da temere che l' osservatore

proietti al di fuori e sui prodotti giuridici della coscienza altrui le note che egli ha osservato, o crede avere osservato, della propria. In tutti i casi, il criterio della coscienza, sia pure che lo si sposti dalla sfera soggettiva alla sfera oggettiva, è inetto ad abbracciare tutta la serie dei fenomeni del dritto, i quali non sono una *funzione* semplice della coscienza individuale, ma una *funzione* complessa della coscienza sociale, del gruppo e della razza. Il criterio psicologico ha il grave torto di presupporre una coincidenza, che non v' è di fatto, tra lo spirito e la coscienza, di presupporre, cioè, che di tutti i fenomeni della nostra psiche individuale noi siamo consapevoli. Dovechè la massima parte della nostra vita interiore è incosciente e, quindi, sfugge alla introspezione. Inconscienti sono ad es: gli atti dello spirito che ci educano a contrapporre al me il fuori di me, alla coscienza il mondo oggettivo. E di quelle stesse operazioni dello spirito, le quali rientrano nella sfera della coscienza, noi non siamo coscienti che a metà: gli effetti ultimi conosciamo, non già il processo causale ed evolutivo, ossia il loro divenire. Bisogna bandire, adunque. il metodo della osservazione psicologica, perchè atto a dischiudere solo la parte più esigua e più superficiale dello spirito umano; e far capo alla esperienza del mondo sensibile e da essa, in via retrospettiva, argomentare sulla stessa vita inconsciente (e quindi non osservabile direttamente) dello spirito nostro. Perchè, questo mondo sensibile non è il mondo in sè, ma il mondo rappresentato da noi: esso è una creatura del nostro spirito incosciente. Dall' effetto si

conosce la causa, dal mondo dei sensi l' attività che lo genera, ossia lo spirito umano: l' osservazione del mondo oggettivo è uno specchio traverso il quale noi rimiriamo e riconosciamo noi stessi. Dei fenomeni del mondo sensibile, quelli, che sono più fecondi di illazioni *reversive* sul contenuto della vita inconsciente dello spirito, sono, senza dubbio, i fenomeni della vita sociale e giuridica. Il deposito tradizionale e, si direbbe quasi, il sedimento, che lo spirito inconsciente dell'uomo ha deposto e lasciato nei costumi e nelle istituzioni dei popoli, è, tuttora, la fonte più sicura onde è dato conoscere la coscienza umana. È, adunque, alla osservazione degli istituti e delle idealità giuridiche dei diversi popoli della terra che dobbiamo far ricorso, se vogliamo conoscere la coscienza giuridica: senza dire che la stessa natura, eminentemente sociologica, del diritto e dei rapporti giuridici ci detta di surrogare al criterio sterile della psicologia individuale quello della psicologia collettiva (1).

L' osservazione di tali istituti o intuizioni giuridiche non vuole, tuttavia, essere isolata e procedere per mera giustaposizione dell' uno all'altro. Il metodo storico, che investiga i fenomeni della vita giuridica a mo' di formazioni autonome e col solo rapporto estrinseco del prima e del poi, non ci educa nè a ravvisare il processo similare di quei fenomeni, nè a sorprenderne i nessi causali. Il metodo storico vuol essere sostituito dal metodo com-

(1) Einleitung in das Studium der ethnologischen Juris — prudenz — (Oldenburg 1886) — passim.

parativo-etnologico, che è solo atto a discoprire le relazioni di simiglianza dei fenomeni. Perchè, v' ha una moltitudine di fenomeni, che periodicamente ritornano nella vita dei popoli e che, indipendentemente da qualsiasi legame storico che li connetta, vengono ad attestarne l' unità fondamentale della natura umana.

È questo substrato biologico, fisso e permanente, che legittima la comparazione etnologica e ne segna gli ufficî. Ed è questo substrato che ci dimostra come i fenomeni della vita dei popoli non sieno legati alla storia di essi popoli, ma a qualche cosa che sottostà alla storia ed ai popoli, ad un fenomeno della natura, alla razza (1). Il metodo comparativo, è, quindi, ad un tempo, per necessità di cose, metodo etnologico ed alla biologia più vicino che alla storia. Le unità, le cellule della umanità sono, per una ricerca storica, i popoli ed i gruppi di popoli; per una ricerca etnologica, le razze ed i gruppi etnici. La storia ci parla di secoli, la etnologia di strati: essa è una geologia umana. La storia studia la successione dei diversi fenomeni della vita sociale di un popolo o di un dato gruppo di popoli, in tempi diversi: la etnologia studia, invece, la coesistenza dei diversi fenomeni della vita sociale di tutti i popoli diversi, in un dato momento del tempo (2). La etnologia ha per oggetto i fenomeni uniformi della vita sociale dei popoli e li

(1) Bausteine für eine allegemeine Rechtswissenschaft auf vergleichenden-ethnologischer Basis (Oldenburg 1880). S. 12.

(2) Einleitung. S. 50-52.

raccoglie senza che le importi gran che del dove e del quando essi sono venuti su; e dalla similarità degli effetti trae argomento ad inferire una causa similare. Popoli e stirpi, per quanto diversi sieno tra di loro, sono pure composti da individui della razza umana: dalla quale unità di razza segue e deve seguire che dati fenomeni etnici sieno identici presso tutti. Tali fenomeni studia appunto la giurisprudenza etnologica. *Fortpflanzung, Ernährung und Beziehungsverrichtungen sind allen Menschen als Exemplaren der menschlichen Rasse eigen und diese tellurisch-organischen Functionen bilden.... die Basis des ganzen ethnischen Lebens* (1). Il metodo comparativo, avendo per contenuto questo substrato biologico, deve respingere i criterî storici: ed il Post, coerentemente a sè stesso, impugna il procedimento seguìto dal Waitz e dal Peschel che gli pare non sia in grado di porre in rilievo quello che cale di più: cioè la *gleichmässigkeit in der Entwickelung des Rechtslebens bei den verschiedensten Völkerschaften* (2).

Che se gli si oppone, che la ricerca comparativa dei fenomeni giuridici dei popoli diversi procede, necessariamente, con differenziare gli stessi fenomeni da popolo a popolo, da ceppo a ceppo, da tempo a tempo, da luogo a luogo, e che la nozione di un contenuto similare è il risultato definitivo di un'analisi delle differenze, egli risponde che tale obbiezione nol tocca, perchè non è uno studio di dettaglio il suo, sì bene una constatazione del sustrato naturale,

(1) Bausteine S. 14.
(2) Bausteine S. 11.

permanente della vita dei popoli (1). *Hierfür,* egli aggiunge esplicitamente, *sind Rasse, Völkerzweig, Volk und Stamm vorläufig ganz gleichgültig. Ich beabsichtige nur das, was im ganzen ethnischen Leben gleichmässig auftritt, in den Grundzügen festzustellen und durch einzelne Beispiele zu illustriren, welche obgleich sämmtlich nach Rasse, Volk und Stamm individuell, doch eine allgemeine Bedeutung haben, indem sie in verschiedenen Färbungen stets das wesentlich gleiche Organisationsprincip zum Ausdruck bringen. Es ist auch vollkommen gleichgültig für mich, in welches Jahrhundert oder in welches Jahrzehnt derartige Braüche fallen, da die Chronologie nur für die Entwikelung in einem einzelnen ethnischen Gebiete eine Bedeutung hat, nicht aber für das Gesammtgebiet des Völkerlebens, in welchem stets alle Entwickelungsstufen neben einander liegen, in welchem man bei einer Völkerschaft, welche heute lebt, dieselbe Erscheinung wiederfindet, welche man bei einer andern ein paar tausend Jahre vor Christi Geburt wahrnimmt* (2). Nè solo il ricorrere di medesimi istituti giuridici in tempi diversi dà ragione al

(1) Man hält mir vor dass ich den verschiedensten Rassen aus den verschiedensten Culturzeiten Angehöriges zusammenstelle, während es nach Ansicht meiner historischen Gegner wissenschaftlich unerlässlich ist, nach Rasse, Völkerzweig, Volk und Stamm, nach Iahrhunderten uud nach Iahrzehnten genau zu sondern. Dies würde richtig sein, wenn es sich bei meinen Arbeiten bereits um Details-forschungen handelte. Es liegt nur aber daran, gewisse Erscheinungen zu constatiren, welche auf der Basis der überall gleichmässig wirkenden menschlichen Natur überall gleichmässig sich zeigen. — Bausteine 17-18.

(2) Bausteine S. 18.

criterio etuologico della giurisprudenza comparativa, ma un altro motivo, altresì, consiglia a pretermettere ogni rapporto di tempo; e questo motivo si è, che gli stessi istituti giuridici, i quali sono nati in tempi diversi ed appartengono a fasi di sviluppo disparatissime fra loro, convivono e coesistono tuttavia in ciascun popolo dato ed in ciascun momento del tempo, come se essi fossero svolti simultaneamente. Ciascuno dei popoli presentemente viventi rappresenta, come a dire, una stratificazione di tempi e di stati etnici e di fasi di sviluppo diverse. La vita odierna di ciascuno di essi esempla la sua storia, come l'organismo individuale esempla e sintetizza la storia della razza (1).

Se, lasciando per un momento il problema del metodo, voi domandate al Post degli schiarimenti su questo sustrato naturale permanente della vita dei popoli, che, in sulle prime, parrebbe rievocare alla lontana il dritto naturale beninteso, la risposta che egli vi dà è informata al più puro materialismo. Sono i bisogni della vita vegetativa che ei trae in campo per erigere sovra di essi il sostrato della razza: ed i suoi libri sono pieni di espressioni simili a queste: *tellurisch-organische Fortpflanzung, ethnisch-physiologische Gebiete, ethnisch-morphologische Bildung....* e così via. Principio fondamentale della sua biogenia giuridica è la parentela di sangue, che va a mettere capo alla *tellurisch-organische Fortpflanzung*. Nè l' unità del sostrato biologico importa quella del sostrato giuridico. Il Post toglie in prestito al relativismo storico la nozione di una

(1) Einleitung. S. 51.

variabilità continua, non che del contenuto, ma benanche della idea del dritto. Il che non gli vieta, per altro, di ribadire la presunta uniformità degl'istituti giuridici in tempi diversi e tra popoli diversi, dovuta, già s'intende, alla unità della *formazione etnico-morfologica*. Se si volesse usare un linguaggio più rigoroso, in verità poco rispondente alle incercertezze ed alle contraddizioni del pensiero del Post, si direbbe che il dritto sia per lui una causa occasionale, e causa efficiente sia la sola natura, nel senso materialistico della parola, alla quale natura va, quindi, attribuito quell'essere di sostanza che non può riconoscersi nel dritto.

Questa è, adunque, la sua dottrina fondamentale sulla giurisprudenza comparativa alla quale egli cerca un sostegno più saldo in una *intuizione del mondo* che disegna in brevi tratti nelle prime pagine dei suoi « *Bausteine* » e che si traduce in una forma arbitraria e fantasiosa di panteismo meccanico. Mettendo da banda questo nuovo conato filosofico che non ha attinenze dirette col problema della giurisprudenza comparativa, ci fermeremo soltanto di proposito sulle due vedute fondamentali, con le quali l'A. dimostra il suo assunto metodico: la prima che ha per oggetto d'impugnare la legittimità del criterio della coscienza ed affermare la necessità di una osservazione comparativa dei prodotti oggettivi della coscienza sociale: la seconda che ha per oggetto di conferire allo stesso metodo comparativo un significato, un contenuto ed un carattere peculiare, ossia biologico ed antistorico.

La tesi, tanto abusata oggi, della illegittimità del criterio psicologico risale al Comte e riposa sopra

un obiettivismo anti-critico che è fuori di ogni filosofia. Il criterio della coscienza è condizione necessaria dello stesso processo conoscitivo del mondo sensibile; perchè, se la conoscenza ha per termine l'oggetto del di fuori, come atto dello spirito essa si consuma sempre nella cerchia della coscienza ed è propriamente uno stato di coscienza. Quella esperienza del mondo sensibile, alla quale fa appello il Post per sfuggire alle ritorte del criterio psicologico, è subordinata al criterio stesso e lo presuppone. Quella esperienza è uno stato di coscienza anch'esso. L' osservazione e l' esperienza del fuori di noi è sempre un atto immanente del nostro spirito, non già un atto transeunte. Negare ciò è supporre che nel fenomeno della cognizione o la nostra coscienza si trasferisca in forma meccanica nel mondo estra-soggettivo, ovvero il mondo estra-soggettivo si travasi *come tale* nella coscienza: il che è tutt' uno che proiettare in un ordine spirituale di cose rappresentazioni bassamente materiali, le quali sono fuori non solo del sapere filosofico, ma anche del sapere volgare. Anzi, pensandovi meglio su, neanche in ciascuna delle due supposizioni poste innanzi sarìa vero l' assunto degli oppugnatori della coscienza: la quale rimarrebbe in ambo i casi; nel primo come soggetto attivo transeunte, nel secondo come recipiente passivo dell' azione meccanica dell' oggetto. Il mondo oggettivo è conosciuto da noi, solo in quanto e perchè esso ha rapporto con la nostra coscienza. Dire conoscenza è dire rappresentazione: ora la rappresentazione esprime un rapporto della coscienza con le cose, del soggetto con l'oggetto. Bandire, adun-

que la coscienza dal fenomeno della cognizione è tutt' uno che porre una conoscenza senza soggetto che conosce: come se l' oggetto (*ob-jectum*) possa essere qualche cosa, senza un soggetto cui *ob-jicitur* il mondo di fuori. Il qual mondo di fuori, scisso da ogni attinenza con la nostra coscienza, non è più un oggetto, ma un essere estra-soggettivo, esistente in sè ma inconoscibile a noi. L' esperienza del mondo sensibile è, adunque, tanto lontana dal superare i termini della coscienza, che anzi la conoscenza del di fuori è un *posterius* della esperienza o della intuizione dei nostri stati di coscienza. Esclusa la possibilità d' un intuito diretto del mondo estra-soggettivo, la conoscenza di esso procede necessariamente per la mediazione dei nostri stati di coscienza. È veramente strano che queste cose si debbano ripetere proprio oggi, cioè a dire dopo Berkeley, Hume, Kant e Schopenhauer: oggi che parrebbe ad ogni uomo ragionevole doversi lamentare più presto un eccesso (ed un eccesso gravissimo) che un difetto del subiettivismo: oggi che l' indole psicologica della rappresentazione è stata snaturata a tal segno da atteggiarla a puro idealismo, postulando la soggettività esclusiva, non che dell' atto rappresentativo della coscienza, ma del suo contenuto oggettivo!

Il pregiudizio sistematico, ribadito dal Post, che l'osservazione degli stati interni fornisca minori garantie di sicurtà che l' osservazione oggettiva dei fenomeni esteriori, è paralogico ed assurdo. Perchè l' osservazione empirica del di fuori non è possibile che nelle forme della coscienza ed è indelebilmente

vincolata, come a suo presupposto immediato, alla percezione degli stati di coscienza: onde segue che i vizî e le lacune che affettano l' una inficiano del pari anche l' altra. Se incerta ed ingannevole è la consapevolezza degli stati interni, incerta ed illusoria anche peggio sarà l' avvertenza dei termini di quegli stati, ossia della realtà esteriore. Le osservazioni del Post, se fossero fondate, proverebbero troppo e, quindi, proverebbero nulla. La critica della coscienza può, tutt' al più, suffragare lo scetticismo assoluto, mai una forma più che un'altra di dogmatismo filosofico. Se non che una critica, anzi una scepsi cosiffatta, contraddice alle stesse esigenze logiche dell' empirismo. Una dottrina, invero, la quale assume a criterio universale della conoscenza umana l' esperienza, dovrebbe, s' ella fosse alcun poco filosofica, dovrebbe, dico, non che dispettare l' avvertenza dei nostri stati di coscenza, predicarla anzi come la sola scienza certa che sia possibile, perchè è il solo sapere che si poggi sopra una esperienza immediata. A rigore di cose, infatti, la sola consapevolezza delle nostre realità interiori è un sapere sperimentale. *Erfahren,* dice egregiamente il Volkelt (1), *ist unmittelbares, scheidewandloses Innewerden:* il che conviene alla sola realtà interna. La esperienza dei nostrí empirici, precisamente come il preteso intuito degli ontologi, importa l' assenza di ogni mediazione psicologica tra il nudo e vuoto intelletto e le cose. Ora quest'assenza di mediazione, questa, dirò così, immersione del soggetto nell'oggetto

(1) Erfahrung und Denken. S. 64.

o contrazione dell'oggetto nel soggetto non si verifica che nel dominio della consapevolezza interiore, in cui il soggetto e l'oggetto sono tutt' uno. Perchè il mondo estra-soggettivo fosse oggetto, rigorosamente parlando, di esperienza immediata, occorrerebbe che esso si trasferisse, del pari immediatamente, nel seno della coscienza: cioè a dire che cessasse di essere quello che è, cioè un mondo estra-soggettivo, per essere tutt'altra cosa, cioè un mondo soggettivo *in sè ed originariamente.* Ecco la ragione per la quale l'empirismo, che non sia scevro di valore filosofico, può cadere nell' idealismo soggettivo, ma non già nel nudo obiettivismo volgare. Cioè a dire, esso può, in omaggio al suo criterio, negar fede ai termini oggettivi degli stati di coscienza, perchè l' *esperienza* di questi stati, in quanto *esperienza*, non garantisce che sè stessa ed il suo oggetto immediato; ma non può giammai, saltando di piè pari quella esperienza, affermare (meglio sarebbe detto, postulare) l'esistenza di quei termini. Tale si fu appunto, relativamente parlando (oltre a quello dei filosofi nominati più su) l' empirismo dell' *Aufklärung* greca, della *sofistica;* cioè puro e radicale subiettivismo.

Se la coscienza è un criterio poziore ad ogni altro in ogni ordine di conoscenze, lo è con tanta più ragione nell' ordine delle scienze morali e giuridiche (1). Niun raziocinio per quanto dotto, niuna ri-

(1) L' autorevolezza del criterio psicologico nelle scienze morali è stata egregiamente rivendicata dal nostro *Gabba* nelle sue — Conferenze intorno ad alcuni principali problemi della scienza sociale — 1.ª serie — Conf. 5 e 6.

flessione per quanto profonda, varrà a farvi conoscere quello che è giusto o ingiusto, se nol sapete da voi stessi, se non sperimentate nella vostra coscienza il criterio che discerne l'una cosa dall'altra. Fu detto che maestra della vita è la storia: dirò con più ragione che maestra dell'uomo è la coscienza. Quell' impromettersi dalla nuda esperienza esteriore la ricostruzione della coscienza giuridica, quel contrapporre che si fa della psicologia collettiva alla psicologia individuale, è una cosa assurda. Cui non conosce sè stesso, siate pur sicuri che difetta l'unico mezzo per conoscere gli altri. La coscienza collettiva è una projezione oggettiva della coscienza individuale, un tessuto d' illazioni analogiche dal nostro spirito all'altrui. La coscienza sociale è un prodotto della virtù espansiva della coscienza individuale: quella virtù che c' insegna a vedere negli altri il riflesso di noi stessi ed a predicare di essi quello che abbiamo sperimentato di noi. Da questa espansione verso il di fuori, da questa vittoria sul *principio d' individuazione*, derivano, senza dubbio, novelle energie intellettive che ci permettono di approfondire viemmeglio la riflessione di noi stessi. Ma non va tuttavia dimenticato che quel salto eroico dal me al voi, va dovuto allo stesso me, ossia alla stessa coscienza individuale e per virtù insita in lei. E questo sia detto della vita come della speculazione; perchè la psicologia collettiva è un derivato della coscienza individuale nell' ordine dei concetti, come in quello delle cose.

Il Post si lusinga di fare a meno del criterio della coscienza, ma vi ricade di continuo anche lui.

Perchè natura di cose esige che i molteplici dati delle sue ricerche sieno annodati attorno a certi nuclei centrali ed avvivati da un contenuto ideale qualsiasi. Ora questa serie di nessi logici e questo contenuto ideale che preoccupa e domina le esperienze oggettive, non può essere una esperienza oggettiva ella stessa. Nel suo laborioso processo indagativo delle formazioni giuridiche diverse, l'esperienza, la comparazione deve pure avere il saldo appoggio d' un concetto primitivo, di una sintesi ideale di quello che è dritto: il qual concetto e la qual sintesi, se non gli è rivelata dalla coscienza, non si saprebbe da quale altra fonte egli sarebbe in grado di attingerla. La comparazione, come meglio verrà dimostrato più in là, non può fare a meno di un contenuto concettuale preesistente, avuto altronde anzi tempo: e le sue risultanze sono sempre condizionate allo stato *presente* delle conoscenze che l' indagatore possiede sopra la natura comune degli oggetti che si osservano e che si raffrontano. Essa quindi recherà sempre l'impronta, non solo della coscienza propriamente detta, ma della speculazione individuale dell' indagatore.

Se non che il Post non solo censura in via negativa il criterio psicologico, ma fonda altresì la pretesa poziorità del criterio della esperienza oggettiva sopra un motivo positivo. I fenomeni del mondo sensibile sono, per lui, una creatura degli stati inconscienti dello spirito: l'esperienza di essi è tanto più autorevole di ogni altra, che essa sola è in grado di fornirci dei criterî retrospettivi o reversivi sulla natura dello spirito umano. Già quel considerare i fenomeni oggettivi come una creatura pura

e semplice del soggetto, consciente o incosciente che sia, ci prova che il nostro A., dopo avere opposto un diniego arbitrario a quello che è l' aspetto sano e plausibile del soggettivismo, non sa poi fare di meglio che dogmatizzare, con un procedimento del pari arbitrario, quello che v' è in esso di fallace e di caduco. Ma, quel postulare la inconscienza dello spirito creatore del mondo aggrava i torti del subbiettivismo con un equivoco, che l'A. toglie in prestito dalla psicologia, tanto oggi in voga, degli stati psichici incoscienti. Il quale equivoco consiste tutto in questo: nel fare un fascio della coscienza diretta e della coscienza riflessa, che sono due cose ben diverse tra loro e delle quali può, in parecchi casi, far difetto la seconda, ma non mai la prima. La consapevolezza, ossia la esperienza immediata ed irriflessa dei nostri stati interni, è il solo criterio della loro conoscibilità; per modo che, ov' essa manchi, manca altresí ogni ragione al pensatore di affermare l' esistenza di quegli stati o di uno di essi, quale sarebbe, nella specie, la creazione del mondo sensibile del Post.

Ogni atto dello spirito è presente immediatamente a noi: e questa presenza immediata, se non fosse un fatto di esperienza psicologica, sarebbe un postulato della ideologia per legittimare l' affermazione che tutti gli uomini fanno dei fenomeni interni. Lo spirito inconsciente, appunto perchè fa il mondo senza saperlo, non sa di farlo: e se nol sa lui, s' ignora chi possa saperlo in sua vece. Meglio ancora: la riflessione interna è indispensabile per penetrare l'essenza dei fenomeni interni; ma, per affermarne la

semplice esistenza, basta e dovrebbe bastare la semplice coscienza diretta. Ora di quel fenomeno interno che si chiama — creazione del mondo sensibile — il Post non penetra l'essenza, ma solo ne afferma l'esistenza: la quale esistenza, come non può venire provata da lui perchè egli non ha riconosciuto la coscienza diretta, così non può esserne evitata la prova per il postulare che egli fa dell' inconscienza e della irriflessione. Resta che egli confessi apertamente che la pretesa azione creativa dello spirito inconsciente, ossia il preteso motivo della poziorità della esperienza esteriore sovra la esperienza psicologica, sia un mero presupposto *aprioristico* e soggettivo che si sottrae alla prova. Se non che, è appunto questa indole *aprioristica* e soggettiva del suo principio, o di uno dei suoi principî fondamentali, che denunzia i torti di un sistema, il quale, dopo essersi annunziato in reciso contrasto con l' *a priori* della filosofia, non sa fare di meglio che fondare sopra un altro *a priori* (e di che portata!) l'autorità del suo criterio. L' osservazione empirica dei fenomeni sensibili, in tanto ha valore, in quanto si è presupposto che ne abbia il principio della natura soggettiva dei fenomeni stessi. L'indagine e la comparazione degl' istituti e degl'ideali giuridici dei diversi popoli della terra, in tanto è concludente, in quanto sapevamo di già che in quegl' istituti ed in quegl' ideali si va oggettivando la coscienza umana. E dire che è da questa sorta di pensatori che proviene alla filosofia la taccia dell' *apriorismo!*

Questa esagerazione piramidale dell' *a priori*, che ama tuttavia profferirsi come nudo e puro empirismo, si appalesa poi manifesta nella dottrina fornita

dal Post sopra la legittimità e la portata della giurisprudenza etnologica. Adunque la comparazione, come la intende lui, pure rimanendo quello che è, cioè una ricerca empirica ed induttiva, pure contrapponendosi alla filosofia speculativa, la quale opera, o si presume che operi, su deduzioni, dovrebbe tuttavia, nel suo laborioso processo di ricerche, trascendere le condizioni empiriche del tempo e dello spazio ed intendere alla semplice constatazione del sustrato biologico uniforme dell' umanità! Dove è chiaro che la nozione, anzi il giudizio sull'esistenza, di quel sustrato biologico preesiste alla comparazione nella mente dell' indagatore e le detta legge; e che l' ufficio della indagine comparativa, anzichè essere fissato dal processo e dalla legge interiore della comparazione, è predeterminato dalla vocazione soggettiva del pensatore. Eppure la comparazione è sempre una ricerca empirica; onde, se non vuole porsi anticipatamente in contrasto con le esigenze della esperienza, deve rinunciare a proporsi un qualsiasi contenuto come esistente *a priori*, come guida e lume del suo procedimento indagativo e recostruttivo. La mente di chi osserva e di chi raffronta deve o dovrebbe, secondo la logica dell'empirismo, esser vuota di contenuto dottrinale, perchè tale contenuto essa si propone, o deve proporsi, di derivarlo dal fondo della stessa osservazione e comparazione. La serie delle relazioni di somiglianza dei fenomeni, il complesso dei fatti sociali periodicamente ricorrenti, il sustrato biologico uniforme, devono essere un risultato della ricerca non un presupposto, un termine al quale si perviene non una nozione già data.

La scienza, poi, di un fatto di esperienza è necessariamente relativa alle condizioni del tempo e dello spazio. La filosofia deve qui prendere le difese della sana esperienza contro un trascendentalismo assurdo. Una scienza, che voglia connettere i fatti della vita sociale e storica dei popoli, non può astrarre dai rapporti di tempo e di luogo: senza di che la sua non sarebbe piú una connessione metodica, ma una giustaposizione di fatti indifferenti, di materiale bruto e senza significato. Un fatto, di cui s' ignora il luogo dove si è fatto o si fa ed il tempo in cui si è cominciato a fare o venuto facendo, sarà forse un concetto, ma, certo, non è più un fatto. Dire storia è dire tutt' uno che avvenimento di cose che prima non erano: togliere quindi alla storia la relazione del prima e del poi è distruggerla dalla radice. La conformità degli istituti giuridici, nella cui constatazione sta, secondo il Post, la meta ideale della comparazione, non elimina la relazione del tempo, che anzi la implica in sè stessa. Questa conformità in tanto è concludente, in quanto sussiste non ostante la disformità di tempo. La disformità di tempo è, quindi, un termine correlativo ed antitetico alla conformità dell' istituto. Eliminato uno dei termini, si elimina, ad un tempo, la possibilità del secondo; perchè l' uno e l' altro sono termini di un rapporto. Togliete, per avventura, la condizione del tempo e quella conformità ed uniformità diventerà sinonimo d' indifferenza. Non sarà più unità reale, che procede attraverso e nonostante le differenze, ma unità dialettica che divora *a priori* le differenze. Sarà unità, meno il contrasto, ossia me-

no quello che la rende concludente come unità: insapore come una goccia di acqua distillata.

La stessa nozione del periodico ricorso degl' istituti giuridici è una nozione che implica il prima il poi, come le parole *periodico-ricorso* ci dicono chiaramente. E del pari, implica la relazione del prima e del poi quell' altro principio della coesistenza, in un dato e solo momento del tempo, di fasi storiche diverse di sviluppo giuridico. Anzitutto, vi sarebbe alcun dubbio da muovere su questo punto della dottrina del Post. Se sia applicabile al mondo sociale e giuridico la ipotesi biologica di parallellismo dell' ontogenia e della filogenia, della embriologia dell' individuo e della storia della specie, il Post non dimostra punto. Quella ipotesi è uno di quegli *a priori* che la biologia compiacente gli dà in imprestito e che egli, empirico ed induttivista, solleva a presupposto della comparazione etnologica. Ma si supponga pure, per un momento, che quella ipotesi rientri nei termini del sapere sperimentale e della ricerca comparativa: ebbene non va dimenticato che precisamente quella ipotesi deriva il suo valore ed il suo significato dalla relazione del tempo.

Ed invero, intanto quella coesistenza temporale di strati storici sovrapposti è concludente, in quanto essa è coesistenza di strati che hanno avuto nascimento in tempi diversi. Una coesistenza di fasi simultanee di sviluppo non arrecherebbe alcun risultato: senza dire che in quel simultanee è già implicito il rapporto del tempo. Se la descrizione degli strati giuridici coesistenti acquista valore dal fatto che ciascuno di questi strati esempla una sto-

ria, ossia un prima e un poi della evoluzione giuridica, confessate, adunque, apertamente che è dal prima e dal poi che voi derivate alle vostre indagini il valore ed il significato che esse vantano. È sempre il criterio storico che vi guida, o che studiate stati giuridici di tempi diversi nel quale caso non potete fare a meno del filo della successione storica, o che studiate stati giuridici coesistenti in uno stesso tempo, nel qual caso voi ricostruite la storia che vedete eternata in ciascuno stato o convertite una relazione di coesistenza in una relazione di successione. E, se voi ripudiate questo criterio storico come una esigenza di dettaglio ed all'analisi ed alla differenziazione minuta, accurata e paziente dei periodi, degli strati e delle razze sostituite il vostro *a priori* biologico, ci darete una petizione di principio, non un' osservazione.

Dalla ipotesi della coesistenza degli strati giuridici diversi e dal criterio che ogni momento individuale della storia umana riproduca ed esempli la storia della specie, il Post e, prima e dopo di lui, parecchi oggi derivano la legittimità ed il valore delle ricostruzioni preistoriche.

Da quella ipotesi e da quel criterio segue infatti, o pare ad essi che segua, che lo stato degli odierni *Kulturvölker* debba esemplare lo stato delle orde preistoriche: di guisa che sia dato alla scienza rifare la storia di queste, argomentando dalle condizioni presenti, accuratamente osservate, di quelli. Ma, se questa corrispondenza tra gli odierni selvaggi ed i selvaggi di un tempo, in cambio di poggiarla sovra una ipotesi, si voglia saggiare nel suo

vero valore, si vedrà chiaramente che essa è un principio non provato *a posteriori* e malamente provabile *a priori*. La relazione di somiglianza tra le orde preistoriche ed i selvaggi di oggi non può essere invero provata direttamente e col raffronto, ossia col criterio sperimentale, perchè uno dei termini del raffronto, ossia lo stato delle orde preistoriche, è ignorato: anzi è appunto per supplire a questa ignoranza che si è escogitata e presupposta quella somiglianza. Prove dimostrative poi difettano. Niun sa o potrebbe assicurare con rigore scientifico che lo stato dei selvaggi odierni sia un fenomeno o un momento necessario della evoluzione della umanità, ovvero sia semplicemente un fenomeno particolare, valevole solo per una parte dell' umanità o per un popolo o per un gruppo di popoli e che, quindi, non può predicarsi della umanità intiera. La speculazione non ci dice nulla su ciò e, se non nega, nemmeno afferma. Se sovra la legittimità di questa ricostruzione della preistoria si voglia poggiare la pretesa eccellenza della comparazione etnologica o biologica sulla comparazione storica, si può metter pegno che quella eccellenza va in fumo. La comparazione storica non avrà quel sussidio dell'esperimento, che presume di aver l'altra, perchè i fatti raccolti da essa sono fuori della vita, dovechè i fatti raccolti dall'avversaria sono fenomeni viventi in una data parte della umanità e nei quali si presume che una provvidenza misteriosa della natura ripresenti, a guisa di esperimento di fatto, le fasi di una vita già irrevocabilmente trascorsa. Ma, ciò non ostante, la comparazione storica ha un gran

titolo di superiorità a petto dell'altra. Ed il titolo di superiorità è questo, che i fenomeni che essa indaga e raffronta sono in nesso spontaneo e genetico con le intuizioni giuridiche dei tempi nostri; onde quell'interpetrarli e quel rifonderli nella nostra dottrina e nella nostra terminologia (il che è la condizione necessaria della osservazione e del raffronto) è legittimo e conforme al vero. Laddove i fenomeni della vita dei *Naturvölker*, essendo fuori della storia e non avendo veruna attinenza diretta coi popoli storici e meno che mai col momento storico presente, sono insuscettivi di una interpetrazione che non ne snaturi l'indole vera. Perchè, ad un patto solo, noi possiamo interpetrare la realtà obbiettiva esistente al di fuori: a patto, cioè, di riferirla ad un contenuto mentale che abbiamo di già: a patto di esaminarla in *funzione* di una idea o di un concetto che abbiamo dovuto attingere altronde, che dalla realtà stessa che ci proponiamo d'interpetrare. Ora, quel gittare nello stampo dei nostri concetti e del nostro linguaggio giuridico i fenomeni di una vita sub-umana, che è fuori di ogni rapporto oggettivo con quei concetti e con quel linguaggio, non fornisce alcuna sicurtà sulla obiettività della cognizione. Perchè abbia luogo sul serio la cognizione rappresentativa del di fuori, occorre che tra il conoscente ed il conoscibile vi sia una certa relazione di affinità, una certa *abitudine* come direbbe la *souola*; in difetto di che non si vede nelle cose quello che v'è davvero, ma vi si proietta dentro un contenuto intellettivo che è radicalmente disforme dalla loro natura. Nel dominio della compa-

razione storica ciò non ha luogo: perchè la continuità della storia lega le nostre intuizioni giuridiche presenti ai periodi storici trascorsi e perchè la nostra dottrina e la nostra terminologia esempla davvero la serie delle esperienze storiche, che vi si è deposta e consolidata.

Con queste riflessioni è compiuto l' esame dei principî fondamentali enunciati dal Post, ma non è compiuto ancora quello che concerne il vero problema della comparazione. La quale, che le si apponga un carattere biologico o un carattere storico, ha ben altri quesiti da risolvere che quelli messi innanzi dal Post. — La comparazione è una ricerca sperimentale. Ed egli per primo ne è convinto. La esclusività della esperienza, come criterio conoscitivo delle cose, è un sottinteso della sua dottrina. Ora è appunto in questa tesi ideologica fondamentale della esclusività dell' esperienza che è riposto il vero problema del metodo comparativo, come del metodo e del criterio sperimentale in genere; e dico problema perchè il dogmatico diniego dei positivisti non ha potuto far sì che esso abbia cessato di essere tale. È possibile la comparazione degl' istituti giuridici, senza che preesista nella mente del soggetto un concetto più o meno filosofico del dritto, ed è possibile che questo concetto si acquisti col nudo sussidio della esperienza sensibile, senza che preesista alla esperienza attuale dei fenomeni che si presumono giuridici una sintesi ideale del dritto, per *intuito* della quale o in *funzione* della quale essi sono tali o si rappresentano come tali? È, come si vede, il problema della critica quello a cui ogni filosofia giuridica positivista,

e del pari che le altre la filosofia giuridica comparativa, deve aver risposto prima di vantare autorità di metodo e di contenuto scientifico, ed è, pur troppo, quello a cui essa e nessuna delle forme nelle quali si differenzia ha per anco risposto. A noi non rimane che dibattere questo problema per scernere i vizî ed il vuoto della fenomenologia: quei vizî e quel vuoto che non sono una derivazione delle opinioni personali del pensatore o delle dottrine particolari, ma che sono il portato indeclinabile dello assunto fondamentale di tutte le dottrine e che affettano la radice della fenomenologia. La critica dell' esperienza, ecco quello che si domanda oggi per ritogliere al realismo empirico la legittimità che esso usurpa e restituirla integra alla filosofia.

SEZIONE SECONDA

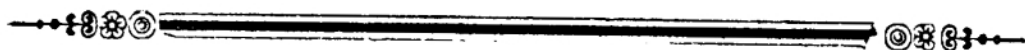
ANALISI DEL CRITERIO FONDAMENTALE DEL REALISMO GIURIDICO

Per saggiare a fondo il valore del realismo giuridico, è uopo, anzitutto, indagare, se e fino a che punto esso risolva o dia sicurtà di risolvere quei problemi che ogni ricerca del diritto, la quale aspiri al titolo di filosofica, si propone e che non erano del tutto ignoti alla filosofia del dritto tradizionale. Tre sono i problemi che ricorrono tuttora nella filosofia o che segnano l' intervento della scepsi filosofica bene intesa. Il primo concerne l' origine, la portata, i limiti del conoscere: il secondo concerne la natura dell' essere che è l' oggetto del conoscere: il terzo il valore e le leggi dell' operare. Il primo è il problema *gnoseologico* e, nella filosofia del dritto, può formularsi così: quali atti e funzioni mentali si richieggono perchè si formi, rigorosamente parlando, una nozione del dritto? quale ne è il criterio, il *principium cognoscendi?* la ricerca induttiva dei fenomeni del dritto presuppone o no una nozione del dritto, una serie di *abiti*

o di funzioni mentali, che valgano come premesse e come leggi del processo induttivo? Il secondo è il problema *ontologico* ed è espresso da queste domande: in che si sustanzia il diritto? quale è il la natura che *subest*, che sottostà immutabile alle sue evoluzioni fenomeniche? e, nell' ipotesi che la ricerca dell' essere e della sostanza sia illegittima, nella ipotesi cioè *fenomenistica*, quale è e donde il nascimento del fenomeno giuridico? Il terzo è il problema *etico* e la maniera onde può venir risolto corrisponde esattamente alla maniera onde si formula e si dibatte il problema ontologico: esso si domanda, quali sono le norme della condotta giuridica doverosa; se le disposizioni del potere positivo siano, semplicemente perchè tali, dotate di valore etico-imperativo; se, invece, non vi sia un criterio normativo, superiore ad esse e giudice di esse, ottenuto altronde; se ci si debba limitare alla semplice accettazione delle disposizioni autoritative ossia del dritto positivo o se, invece, non sia legittimo e corretto domandare il titolo razionale di esse o il dritto di quel dritto: è insomma, a dir breve, il problema del dritto naturale.

Il realismo giuridico non può evidentemente sottrarsi a questi problemi che ogni uomo, conoscendo, non che filosofando, si propone e che, per quanto egli premediti di sviare o eludere, non si lasciano rintuzzare in verun modo. Ed in un modo o nell' altro, di dritto o per traverso, se li propone e li agita lo stesso realismo giuridico. Il quesito conoscitivo non è per esso un problema, in quanto ne presuppone la soluzione che è, come tante volte si è visto, volgarmente empirica. Gli altri due quesiti,

poi, quello ontologico e quello etico, sono da esso piegati alle esigenze del suo empirismo conoscitivo: il primo di essi è snaturato da problema di essere in problema di origine ed al secondo si oppone un diniego esplicito. Il che per altro, non toglie che cosi quella forma speciale onde si pone e s' interpetra uno dei problemi, come quella esclusione o soluzione *a priori* che si ritorce all'altro non sieno la conseguenza d' una scepsi critica, sottintesa se non espressa, ed implicita nell' assunto fondamentale dell'empirismo, quand' anche non condotta di proposito deliberato da questo o quello interpetre dell' assunto stesso.

Resta solo a vedere, se il problema vada posto come vuole l' empirismo o come vuole la filosofia, o, dove l'uno e l' altra lo pongono ad uno stesso modo, se vada risolto nell' una forma o nell' altra. E dico a bella posta — la filosofia — senza verun predicato che la determini in un senso più che in un altro e che la limiti ad una scuola più che ad un' altra. L' empirismo si annunzia in antitesi non a questa o quella filosofia, ma alla filosofia in generale, o, se si vuole, è una forma di filosofia che si oppone a quella che fin qui era tenuta per tale, alla metafisica, e non a questo ed a quel sistema, ma al criterio comune a tutti i sistemi, al *genus proximum* di essi. Termine di contrapposizione all' empirismo sarà, adunque, per noi l'assunto impersonale della filosofia, senza che le varietà individuali di essa ci occupino punto. Il che va inteso in senso relativo e limitato a quel possibile consenso che, traverso le lotte dottrinali, è dato ravvisare, nella tradizione storica della filosofia, a chiunque la interpetri con *intelletto d'amore.*

CAP. I.

Il criterio della esperienza ed il problema gnoseologico della filosofia del dritto.

Adunque l' esperienza, ossia la osservazione e la comparazione dei dati fenomenici, è il criterio conoscitivo universale del realismo giuridico, di guisa che la critica di esso si traduce in una critica della esperienza. Questa critica non data veramente da oggi: essa è vecchia, nè comincia dal Kant, come si pensa comunemente, ma risale a Platone, che primo rivendicò le ragioni della scienza e della filosofia contro la *doxa* e l' empirismo dei sofisti. Per quanto vecchia, essa non ha perduto, tuttavia, la freschezza della novità, e va rievocata oggi che il positivismo, nella forma più matura della teoria dell'associazione e di quella dell' evoluzione, ha risollevato i fasti dell' empirismo.

Diremo, adunque, anche a costo di apparire noiosi ripetitori, che l' esperienza non è in grado, da per sè sola, di scovrire il momento universale e necessario del dritto, nè il nesso causale dei fenomeni giuridici, più di quello che essa nol sia di scoprire il momento necessario ed il nesso causale di altri

ordini di fenomeni. L' esperienza ci dice che una cosa è fatta così e non altrimenti, ma non che la cosa non possa essere altrimenti che così. L' esperienza ci dà la coesistenza e la successione dei fenomeni e può darci anche la legge empirica (la così detta *legge di conformità* che impropriamente si chiama legge) di tale coesistenza e successione, ma non ci dà nè può darci mai la legge di necessità. Essa ci dà la ripetizione delle coesistenze e delle successioni di dati fenomeni, ma non la legge di tale ripetizione: essa ci dice che una cosa si ripete cento, mille, diecimila volte, ma non che si debba ripetere necessariamente. L'ultimo dei termini della serie progressiva e faticosa delle esperienze non ci dice niente di più e di meglio di quanto ci dica o ci abbia detto il primo, e l' ultima ripetizione vale le altre. L'accrescimento del materiale della esperienza è un processo quantitativo, dal quale nessuna alchimia trarrà una qualità nuova. Noi chiediamo il *quia*, ed il *quid*, dovecchè i progressi della esperienza non ci promettono che una cognizione sempre più vasta del *quale*.

La teoria dell' associazione, che data da Hume, si avvisa di eludere il problema, con l' apporre a questa legge di necessità una portata puramente psicologica. La necessità oggettiva, essa dice, è un inganno; la necessità è puramente soggettiva ed è la coazione interiore verso un dato nesso o una data serie di nessi logici delle nostre rappresentazioni. La categoria della necessità è una oggettivazione illusoria, una projezione al di fuori dell' abitudine interna di un dato nesso ideale. Ma, checchè si deponga in favore di tale tesi, non si scema l' equivoco che la vizia. La

coazione interiore può ben nascere dall'abitudine, ma la necessità logica della ragione è ben'altra dalla coazione psicologica del sentimento. Questa ultima, non che necessaria, è accidentale di sua natura, perchè il dominio psicologico è il dominio del variabile, del contingente, del casuale (1).

Del pari l' esperienza non può colpire il momento universale delle cose.

La universalità alla quale essa può pervenire è, tutt'al più, universalità *sui generis*, universalità relativa e provvisoria, il che è tutt' uno che negazione della universalità scientifica. Il *maximum* dello sforzo cogitativo al quale possa pervenire l'esperienza, secondo un noto principio del Kant, è il seguente « per quello che abbiamo appreso fin qui, non si trova veruna eccezione di questa o quella regola data » non già quest'altro « questa è regola universale e non ha veruna eccezione » (2). E ciò, perchè le conclusioni dell'esperienza sono limitate e condizionate quanto la esperienza, la quale è eminentemente analitica e non assicura e non garentisce che il suo responso immediato. L'esperienza ci dice che date coesistenze e date successioni di fenomeni si sono ripetute fin qui, ma non ci assicura che si ripeteranno in avvenire. È vero bensì che noi oggettiviamo ed universaleggiamo ogni giorno le risultanze di quella esigua e ristretta esperienza per-

(1) Vedi la bella illustrazione che di questi pensieri della critica kantiana fa il *Volkelt*. Erfahrung und Denken. Kritische Grundlegung der Erkenntnisstheorie. (Hamburg 1886) pag. 78 e segg.

(2) *Volkelt*, ibid. S. 79-80.

sonale che ne è consentito di fare e le atteggiamo *sub specie aeternitatis*, ma, con ciò stesso, noi superiamo i termini della pura esperienza, noi invochiamo ed applichiamo per la nostra cognizione un altro criterio che quello sperimentale. In ogni giudizio che formuliamo v' è un tacito sottinteso che precede l'esperienza e la integra: ed il sottinteso è questo: che quella ripetizione delle coesistenze o delle successioni, la qual ripetizione non abbiamo osservato ancora o non potremo osservare in avvenire, è conforme alle ripetizioni o alla serie di ripetizioni già osservate. Il processo induttivo presuppone l' *habitus*, la funzione mentale che si formula nel principio d'*identità:* dal quale segue che quanto si predica di una cosa o di un rapporto già esperito va predicato, altresì, di tutte le cose e di tutti i rapporti esperibili, le quali o i quali sieno della stessa natura sostanziale della prima o del primo (1).

Nè l'esperienza è più atta a conoscere il perchè delle cose, il *cur*, di quello che nol sia a conoscerne la universalità. La successione dei fenomeni, sia pure conforme a regola, non è causalità: e dall'esservi tra i fenomeni di una serie un rapporto di prima e di poi non segue, per altro, che la mente dell'osservatore, la quale nel supposto è *tabula rasa*, argomenti dal semplice rapporto empirico di antecedente e conseguente la possibilità di quello ideale di causa e di effetto. L'esperienza ripetuta delle stesse sequele di un dato fenomeno e di un altro non può creare *ex nihilo sui* quel rapporto di causalità che ai primi

(1) *Vera* A. Melanges philosophiques p. 282-283.

gradi ed ai primi passi di quella esperienza era inconcepibile. Senza dubbio, il rapporto di causalità è nelle cose (lo scetticismo di Hume non ha chiuso il problema) ma non è una specie impressa sulle cose, visibile e palpabile a nudo, esperibile insomma. La nozione di quel rapporto è, direi quasi, un'anticipazione dell' intelletto sulla esperienza e sulla stessa natura. Ogni nesso causale che noi formuliamo presuppone l' *habitus*, la funzione mentale del nesso causale in quanto tale. Noi diciamo « questa cosa è effetto di quell' altra » solo perchè sapevamo che, risalendo la serie regressiva dei fenomeni, ciascuno dei termini di questa serie è un effetto, ossia è un prodotto da una causa, finchè si perviene al termine primo che non è più effetto, ma *causa sui*. In vero, senza questa funzione mentale, noi avremmo un bel discernere delle affinità e delle conformità logiche tra l'operare di una cosa e la natura di fatto d'una altra cosa che la segue: tra l'una e l'altra cosa noi non vedremmo mai un rapporto causale, se a quel nesso di conformità non si associasse spontaneamente, nel nostro pensiero, quella funzione mentale, che io chiamerei *il sottinteso della causalità*. Chi analizzasse questa serie di sottintesi e questa prescienza e vedesse quanto è facile e seducente, ad un metafisico che sia artista ad un tempo, atteggiare quella prescienza a forma di ricordo di una vita psichica oltremondana, vedrebbe forse che la dottrina platonica « sapere è ricordare » è più presto una deformazione poetica di un sano principio filosofico, che un principio falso di sua natura. La nostra scienza, se non è prescienza, ha per sottinteso un certo grado

di prescienza. A Comte enunciò lo stesso principio in altra forma, quando disse « sapere è prevedere ». La previsione di un fenomeno esperibile ma non esperito è, evidentemente, prescienza intellettiva.

Un logico recentissimo della scuola critico-positivista, il Masaryk, ci porge una indiretta conferma, che qui è opportuno ricordare, di questi supremi principî della critica della conoscenza.

I fenomeni particolari sono tuttora (così l'A del *Saggio di logica concreta)* gli elementi costitutivi del l'universo, come l' oggetto proprio della conoscenza umana: ma nol sono immediatamente. Il nostro intelletto non può cogliere ed intuire di un lampo l'unità delle cose : il suo processo è, per difettività connaturata, eminentemente astrattivo. Epperò esso conosce le cose non per intuito diretto, ma mediante le leggi e le proprietà essenziali che a quelle cose ineriscono. Queste leggi e proprietà sono il *prius*, non il *posterius* della conoscenza. V'ha due generi di scienze: scienze astratte e scienze concrete: le prime conoscono le leggi delle cose e le seconde l' essere di fatto delle cose. Or bene le scienze astratte sono il fondamento, il presupposto delle concrete, appunto perchè le cose non si conoscono che per le loro leggi e proprietà essenziali. La biologia, che è scienza astratta, perchè ha per oggetto le leggi della vita precede ad es. la zoologia, che studia gli animali viventi, ed è la *conditio sine qua non* della sua esistenza. Se le scienze concrete presuppongono le scienze astratte, è assurdo supporre che le prime forniscano la base delle seconde. Ciò sarebbe una inversione di termini. Precisamente l'opposto è vero. Le cose non-

si intuiscono o esperimentano di un tratto solo nel loro essere, ma si conoscono in *funzione* di una legge e di una proprietà essenziale che precede e rende possibile l'esperienza. Gli è questo che ci spiega come e perchè le scienze astratte abbiano fatto progressi di gran lunga maggiori che le concrete. Gli è che queste sono posteriori a quelle, onde la loro maturità segue, in ragion di tempo, il progresso di quelle (1).

Qnesti principî del Masaryk sono fondati sul vero, benchè il modo ond' egli si esprime sia tutt'altro che proprio. La sua terminologia è mutuata dall'empirismo per formulare una nozione sovraempirica. Quello che egli chiama processo *astrattivo* va chiamato processo di sintesi spontanea ed originaria, perchè l' astrazione presuppone la conoscenza del concreto onde si astrae, il che contraddirebbe al supposto.

Prescindendo da ciò, resta, intanto, stabilito che non solo la filosofia, ma lo stesso positivismo critico ed illuminato insegnano d' accordo che alla conoscenza analitica delle cose particolari deve precedere la conoscenza della specie universale, che è come una sintesi, una deduzione spontanea ed originaria, un' anticipazione mentale dell' osservazione. L' esperienza affidata alle sue forze sole è così lungi dal fornirci un concetto scientifico delle cose, che anzi essa, senza l' ausilio di una virtù intellettiva che è prima e sovra di lei, non potrebbe neanche venire alla luce e legittimarsi come esperienza.

(1) Versuch einer concreten Logik (Wien 1887) pgf 10, pag, 44-46, pgf. 89, 91 e 92.

Or bene, ripeto quanto ho detto più su, questa difettività dell' esperienza sussiste nell' ordine delle conoscenze giuridiche, come in ogni altro ordine di conoscenze. Anche ivi la nozione universale deve precedere l' esperienza particolare: la scienza sintetica delle proprietà essenziali del diritto deve precedere la scienza analitica dei fenomeni giuridici particolari e non seguire da essa. Anche ivi una estensione, un impinguamento del materiale di fatto può accrescere la *notizia* delle cose, non la *scienza*, come bene afferma l' Hartmann. Il materiale dei fatti é il sottosuolo, non l' oggetto della scienza (1). La osservazione empirica dei fatti giuridici non ci dice nulla sul momento universale e necessario del dritto, nulla sui nessi causali di quei fatti ed è, però, inetta ad adempiere, non che una sintesi filosofica, ma una semplice sintesi scientifica: di guisa che, sulla scorta di essa, neanche la fenomenologia perverrà ad ottenere quel principio sintetico e quell' universale logico del dritto che, come tante volte si è visto, rappresenta il suo termine ideale. Per dirla più

(1) Die Bereicherung an Blossem Stoff des Wissens vermehrt nur die *Kunde*, aber nicht unmittelbar die *Wissenschaft*. Indem aber die Wissenschaft erst da anfängt, wo in den Beziehungen des Stoffs und den allgemeinen in ihm wirkenden Kräften oder Momenten das Gesetzmässige, Ordnungsmässige oder Planmässige, logisch oder sachlich Nothwendige aufgesucht wird, zeigt sich eben, dass der Stoff als solcher nicht den Gegenstand selbst der Wissenschaft bildet, sondern nur die Unterlage derselben, dass aber der eigentliche Gegenstand der Wissenschaft dasjenige ist, was an den Beziehungen des Stoffes *allgemein* und *vernünftig* ist — Gesammette Studien u. Aufsätze S. 425-426.

esplicitamente, quella osservazione empirica, ammesso pure che la si estenda il più che sia possibile, non ci darà, di per sè sola, non che una filosofia, neanche una scienza del dritto.

Perchè egli è fuori dubbio che la scienza abbia per soggetto l' universale ed il necessario delle cose. Platone ed Aristotele hanno del pari messo fuori disamina, che oggetto della scienza é la νόησις περὶ ὀυσίαν (1) e che l' esperienza, che apprende il particolare, non va confusa con la scienza che apprende l' universale (2). Gli stessi principî sintetici della fenomenologia che siamo venuti divisando non provengono dall' esperienza, ma dalla speculazione del pensatore. La storia consegna al v. Ihering il fatto della *lotta* e del *fine interessato*, ma, quando egli generalizza l' esperienza di quel fatto a momento universale del dritto, eccede i termini della esperienza, per soddisfare ad una vocazione speculativa che è anteriore all' esperienza. La *ragione* del Dahn ed il *giusto* del Lasson sono cosí poco creature dell' esperienza, che quella è un ricordo della *opinio necessitatis* della metafisica, ovvero una formola logica della razionalità della *Volksbewusstsein* (la quale, a sua volta, è una ipotesi demo-psicologica che trascende ogni esperienza) e questo è l' applicazione al dritto di quel *logos* Hegeliano, che è l' ultimo residuo di una notomia degli atti conoscitivi, la quale ha il suo punto di partenza nell' esagerazione dell' *a priori*. Il principio del rispetto verso la forza

(1) Rep. 534. Vedi pure: Fed. 76 e passim.
(2) Mat. XIII; 9; Mag. Mor. I, 4.

imperante (*Achtung*) e quello della pre-volizione della norma (*Anerkennung*) sono non fatti di esperienza oggettiva, ma *ipostasi intellettive* di alcuni fatti accidentali di esperienza psicologica.

Il realismo giuridico si avvisa di conoscere le proprietà essenziali e le leggi del dritto col mero processo della induzione e della comparazioue. Noi abbiamo visto testè il Post, nell' analisi comparativa dei fatti particolari della vita dei popoli, fermare il segreto del substrato universale di quei fatti e di quella vita. Ma, l' osservazione e la comparazione non sono possibili senza una teoria preesistente, la quale ci faccia discernere quello che va osservato da quello che non va osservato, e che, nel materiale disordinato dei fatti, ci consenta di sceverare quel momento che concerne e preoccupa la nostra scienza da quegli altri momenti che non ci concernono punto e che le altre scienze differenziano dalla nostra. Senza il filo d' Arianna della speculazione, l' osservazione e la comparazione dei dati di fatto diventano un labirinto inestricabile e dal quale non v' è più uscita. Se non sappiamo prima, per un' anticipazione intellettiva, che cosa è dritto, nè possiamo discernere i fenomeni giuridici da quelli che non sono tali, nè negli stessi fenomeni giuridici possiamo sceverare quello che in essi è proprietà essenziale da quello che non lo è. Anche nell' ordine delle conoscenze giuridiche è vero che *l' intuizione è cieca senza la categoria.* Vi debbono essere, nella moltitudine dei materiali storici messi a profitto dall' indagine e e dalla comparazione, delle quantità conosciute ehe permettano all' osservatore

di orientarsi nel suo cammino. Il che è riflesso, nell' ordine del pensiero, di quello che, come vedremo, ha luogo nell' ordine delle cose. Perchè, evidentemente, nel suo processo evolutivo l' umanità deve pure avere avuto delle soste, deve pure aver segnato delle fermate e dei punti di riposo, nei quali momenti si è venuto deponendo, consolidando, sarei per dire cristallizzando, il presunto fluttuare dei fenomeni. La pressura della logica e quella che lo Schopenhauer chiamava *die List der Idee* domina, del resto, gli stessi induttivisti della giurisprudenza e li trae a smentire coi fatti quanto han professato a parole. Dopo aver respinto l' *a priori*, essi sono ben lungi dal farne a meno: e di presupposti *a priori* tolti in prestito alle nostre odierne intuizioni giuridiche o alla nostra speculazione filosofica le loro ricerche sono piene. Tanto egli è arduo, impossibile anzi, nel rifare a rovescio il processo della evoluzione giuridica, fare a meno di un contrassegno ideale di quello che è dritto o di un criterio intellettivo che ci aiuti a discernerlo dagli altri fenomeni del cosmo!

Il metodo comparativo, adunque, che si avvisa d'inferire dal semplice raffronto dei fatti la nozione del momento giuridico di essi, è una vera *petitio principii*. Un' anticipazione ideale di quello che si cerca bisogna averla per forza, se no quello che si cerca non si trova. È una cosa molto elementare codesta: chi non sa quello che vuole non trarrà mai un ragno dal buco. Ottima la ricerca delle forme storiche della proprietà immobiliare nel mondo orientale, a mo' d'esempio, o il raffronto tra esse e

quelle dei popoli occidentali, ma, se voi non avete prima una nozione quale che sia della proprietà immobiliare, quella ricerca e quella comparazione non la farete mai (1). La storia è pur sempre storia di qualche cosa (2).

L'ordinamento seriale dei fenomeni sotto il genere *dritto* e sotto le specie *famiglia*, *proprietà* ec. (scelgo a bella posta l'ordinamento seriale più facile ed elementare) e tutta la serie dei principî e delle rubriche e delle classificazioni della giurisprudenza storica e comparativa sono, per necessità di cose, un presupposto e non un risultato della comparazione e della storia. Nè si opponga che il concetto del dritto emerge dal fondo stesso della osservazione e della comparazione ed è ottenibile mettendo a raffronto un gran numero dato di oggetti affini tra loro, astraendo dalle differenze indi-

(1) *Schuppe*. Die Methoden der Rechtsphilosophie. loc. cit. S. 227-228.

(2) Man kommt nicht von der geschichtlichen Betrachtung zu dem Gewordenen, sondern gerade umgekehrt: man sucht, von diesem ausgehend, seine Erfahrung nach rückwärts in der Zeit zu erweitern..... Der Versuch, aus der Geschichte herauszusammenfügend zu erschaffen, käme auf ein Misslingen oder eine Selbsttäuschung hinaus: es giebt nur Geschichte *von Etwas*. Wenn die sogenannte genetische Methode die vollkomneren Gestaltungen aus den unvollkomneren sich erzeugen, so sollte nie übersehen werden, dass im Nachweise des Keimes das *Wozu* er sich entwickeln, *Wessen* Keim er sein soll, schon vorschwebt; nur vom vollendeten Erzeugniss fragen wir zurück nach den keimartigen Anfängen.

Stammler. Die Methoden der geschichtlichen Rechtstheorie S. 52-53.

viduali di ciascuno e fermando quel genere, quella nota universale e comune, in che convengono tutti ad un tempo. Imperocchè, appunto perchè abbia luogo quel raffronto, si richiede un' anticipazione sintetica della natura sostanziale del dritto. Per discernere in che gli oggetti sono affini, occorre che vi sia, anzi tempo, un contenuto ideale, in rapporto al quale l' affinità o la dissomiglianza è concepibile. La osservazione e la comparazione vi darà il fatto della convenienza, solo quando voi preconoscete di avanzo, sarei per dire presentite, per una cotale anticipazione irriflessa dello spirito, quello in che si conviene e la ragion formale della convenienza. La nota comune è una premessa del processo astrattivo. Bisogna degradare il fenomeno della conoscenza alla più volgare materialità per convincersi che gli elementi, i quali in ipotesi sono conformi, si lascino connettere in un rapporto di conformità per una percezione immediata del loro essere di fatto. Perchè gli elementi b. c. d. lascino vedere un elemento comune con a. e si vadano sussumendo in un rapporto comune A. occorre almeno che a, ossia il termine di raffronto, abbia colpito il pensatore e gli appaia come un momento di cosiffatta natura, da servire di regolo agli altri, come a dire un equivalente ideologico preesistente del contenuto che si ottiene poi formulato nel rapporto A. Se l'intelletto dell' osservatore è una *tabula rasa*, egli non vede nè differenze nè somiglianze nei fenomeni, nè dritto nè torto nella storia: le differenze sono percepibili, solo quando si sa quello da cui si differisce e, del pari, le somiglianze, solo quando si sa quello cui

si somiglia: in altri termini i rapporti sono percepibili solo in *funzione* del loro oggetto o della loro ragione formale. Egli, adunque, l' osservatore, non vede che una serie di fatti indifferenti che non sono nè il diritto, nè il suo rovescio: di cui noi, messi al punto, non potremmo nè anche assicurare che cosa sieno: perchè ci difetta la virtù astrattiva che sarebbe necessaria per vedere come andrebbero le cose della nostra intelligenza nella ipotesi di un processo anormale di questa.

Alla induzione ed alla comparazione deve, adunque, precedere un intuito speculativo del dritto. Nel campo della giurisprudenza, come in quello delle altre discipline, il processo conoscitivo s'inizia da una sintesi primitiva e spontanea, si svolge e dirama e differenzia per l'esperienza, l'analisi, la riflessione e va a metter capo alla sintesi riflessa della deduzione.

La storia del processo fenomenico ed inventivo è un compito meramente analitico che si esercita sopra una sintesi scientifica preesistente. Per descrivere le fasi evolutive di una cosa bisogna già possedere il concetto dell' essere della cosa, ossia della sua forma definita ed evoluta e della sua configurazione stabile e consolidata (1).

(1)... *Es* ist vor Allem unumgänglich, dass der Entwicklungshistoriker das genaueste und deutlichste Verständniss von der reifen Gestalt besitze und bekunde, von welcher er die Entwickelung verfolgt. Die Entwickelungsgeschichte ist stets und lediglich eine analytische Aufgabe. Scheinbar naives Aufsuchen der Verbindungsstücke und glückliches Probiren, ob sie passen, ist ein ganz eitles Unterfangen. Die Ent-

La filosofia speculativa del dritto aveva adunque ragione. Di che una preziosa riprova ci forniscono gli stessi empirici della giurisprudenza, la mente dei quali è munita, anzi tempo, non che di un intuito o di un presentimento del dritto, di tutto un corredo di conoscenze speculative, più o meno deformate, tolte in prestito precisamente a quella filosofia. E senza il suo ausilio l'esperienza si saría trovata a mal partito. Ciascun fatto o ciascuna serie di fatti non malleva che se stessa: ed il filosofo dell' esperienza non avrebbe mai visto il lume dell' idea. L'induzione è sempre limitata ad un dato numero di fatti, il qual numero, lo si moltiplichi a talento, dista pur sempre *infinitamente* dalla universalità che si estende a tutto il possibile. Gli stessi principî generali non vi sarebbero più: l' *allgemeine Rechtslehre* è un generale che, viceversa, è un particolare.

A cansare tali perigli, resta che, in difetto di speculazione propria, si usurpi l' altrui. Ed ecco, allora, che la premessa maggiore del realismo e della fenomenologia è una premessa metafisica. Questi declamatori dell' esperienza e dell'induzione sono in fondo deduttivisti. La filosofia ha trovate alcune verità con un procedimento misto d' intuizione di rapporti ideali e di esperienza psicologica: essi riprovano queste verità con l'allegazione di fatti spe-

wickelungsgeschichte des Organismus setzt ein hohes Stadium der Anatomie voraus, das sie alsdann erhöhen kann. Aber die Entwickelungsgeschichte kann der descriptiven Anatomie nicht voraufgeben. *Cohen.* Kant' s Theorie der Erfahrung — Zw. Aufl. S. 7.

rimentali, quando nol facciano con un tessuto di raziocinî. Il loro metodo è analitico e regressivo: onde quando essi rimproverano di deduzione la vecchia filosofia, questa potrebbe dir loro che essa della deduzione, accanto ai difetti, aveva benanche i pregi, dovechè ad essi non restano che i difetti soli.

CAP. II.

Il criterio storico-evolutivo ed il problema ontologico della filosofia del diritto.

Si è detto innanzi come la maniera, onde l'empirismo concepisce il problema dell'essere del dritto, equivale esattamente alla maniera ond' esso concepisce il problema del conoscere. Dopo aver detto che criterio unico della scienza è l'esperienza, logica vuole che l'empirismo dica che l'oggetto della scienza è tale, quale bisogna che sia perchè rientri nei limiti della esperienza, e che, quindi, il dritto non abbia altro essere che l'essere mutabile, contingente e fenomenico, o, per dir breve, non altro essere che il divenire. Come in tanti ordini di cose, così nel dritto, il criterio scientifico si è venuto snaturando nel criterio storico e, conseguentemente, il problema ontologico nel problema genetico. Del dritto, come di altri oggetti, si studia non più la sostanza ma la genesi, non più l'essenza ma l'evoluzione, non più il *substratum* ma il processo; nè solo si studia l'una cosa e non l' altra, ma si afferma come inesistente quella che non si studia, o si presume di non studiarla, appunto perchè la si dà per inesistente. È il criterio *storico-evolutivo*, che riassume il genio scien-

tifico del secolo e che pervade scienza e filosofia. Se ne volete l' origine, dovete far capo all' aspetto dogmatico del fenomenismo Kantiano e, più lungi ancora, alla critica Lockiana, alla teoria, cioè, della inconoscibilità della sostanza. Tolta, invero, la ricerca della sostanza, non rimane che il fenomeno soggetto al *fieri*, al divenire, alla storia.

Se questo criterio lo si proseguisse nella sua forma logica e coerente, esso non porgerebbe ai suoi settatori un saldo sostegno. Così com' è, esso è viziato dalla radice, perchè poggia sopra una inversione del problema filosofico e perchè confonde volgarmente due termini che vanno distinti, scienza e storia. I fenomeni particolari che registra la storia sono non solo inesausti, ma inesauribili nel loro numero: la umanità ha invocato sempre l'ausilio delle *idee* per dominare l'universalità dei possibili, senza di che non si sarebbe mai svincolata dalle strettoie di una perpetua ignoranza. La storia ha per oggetto il nudo individuale; quello che sta a sè e non può predicarsi degli altri; quello che può essere conosciuto solo per un atto di esperienza *ex professo* e discontinua, e che, per essere singolo, si consuma in un singolo atto mentale e consuma l'atto stesso; quello che non ha nesso con altri e non può nè subordinarsi ad essi nè subordinarli a sè, e che è incomunicabile: quello che dà luogo non ad un concetto, ma ad una moltitudine di percezioni saltuarie, sempre esposte alla sorpresa del nuovo, dell'imprevisto, dell' azzardo. (1)

(1) *Schopenhauer* — Die Welt u. s. w. — Ergänz: z. 3º Buch — Kap: 38.

L' empirismo moderno, messo allo stremo, ha studiato, pertanto, di sfuggire alla logica del suo criterio. Invece di escludere la speculazione, esso fa atto di riconoscerla, ma piegandola alle esigenze del suo criterio; nè nega la sostanza, ma la traduce nel circolo del suo sistema. Resta, per esso, oggetto della scienza l'essere, ma l'essere appunto sta, o si presume che stia, nel divenire. Il suo intento non è, in fondo, negativo, ma dialettico. L' *esse* della filosofia morale e giuridica è appunto il *fieri* della evoluzione del costume e degl' istituti giuridici.

Quella serie di proprietà sostanziali, quella essenza specifica della natura e della coscienza umana non sono negate o rimosse, adunque; sono semplicemente interpetrate in un modo diverso. Esse non sono più un *a priori* — della storia, un termine che è fuori del processo storico e che rende possibile lo stesso processo; ma si rappresentano come un *a posteriori primitivo*, come un prodotto dell'esperienza collettiva e della razza, un prodotto che si solleva, a sua volta, a causa di nuove formazioni, di nuovi fenomeni, ma è *ab initio* una formazione, un fenomeno esso stesso. Messo da banda il flusso Eracliteo, i settatori del criterio storico-evolutivo si credono licenziati ad ammettere delle proprietà specifiche della natura etica umana, quando s' intenda che queste proprietà sieno non un essere, ma un divenire o, per meglio dire, un divenuto; quando si intenda che esse sono forse un *a priori* a petto alla esperienza individuale dell' uomo che si trova in uno dei momenti derivati della evoluzione, ma sono certo un *a posteriori* della esperienza delle genera-

zioni preesistenti. Nella serie dei momenti evolutivi, ciascuno di essi è un *posterius* delle esperienze sociali trasmesse dal momento anteriore; solo che queste esperienze diventano generative di altre posteriori, a petto alle quali esse sono un termine primitivo. L'esperienza collettiva che supera la dispersione e la difettività dell'esperienza individuale, l'abitudine (latamente intesa) e l' eredità che la trasmette e la consolida, la tradizione storica che ne raccoglie le risultanze: ecco i supremi presidî, con l'aiuto dei quali l' empirismo moderno si avvisa di superare le difficoltà dell'antico, di trascinare l' essere della scienza e della filosofia nel flusso del divenire e di evitare, ad un tempo, le ritorsioni di quella logica inesorabile, che lo forza a dibattersi sterilmente nell' assurda impresa di *logizzare* la storia o di *storizzare* la logica, di formulare e dogmatizzare il mutevole, l' evanescente, l' individuale e di travolgere, ad un tempo, nella rapida scorrevolezza dei fenomeni transeunti quello che è e che sta, l' eterno, l' immutabile, l' assoluto.

Se non che, anche in questo contenuto più ricco di valore ideale che assume il criterio storico-evolutivo, esso è ben lontano dal sottrarsi a quella logica di sistema, che, volente o nolente, lo rimena all' assurdo d' invertire i termini del problema filosofico e di scambiare la scienza con la storia, la sostanza col fenomeno, le facoltà e le attitudini connaturate con le esperienze e gli abiti acquisiti. Finchè, in omaggio al paradosso, si riconosce l'ammissibilità di un processo all' infinito e, rifacendo la serie regressiva delle esperienze, il primo termine

di quella serie si rappresenta come una esperienza a sua volta, il vizio radicale dell'empirismo rimane sostanzialmente lo stesso. Finchè la razza è una moltitudine d' individui, la quale moltitudine non può fornire un elemento nuovo ehe non sia originariamente contenuto in ciascuno degl'individui che la compongono, finchè l' abitudine e l' eredità sono forze trasmissive e non creative, le quali, quindi, presuppongono un *quid* che si ripeta o consolidi o trasmetta, la contraddizione implicita nell' assunto empirico rimane tal quale. L' empirismo allontana, risospinge indietro il problema nella storia, ma non lo risolve. Nella serie delle fasi evolutive v' è sempre un *prius*, un termine primitivo, che, come esso c' insegna, non è un essere ma un divenire, non è una sostanza ma un fenomeno, non è attitudine all' esperienza ma esperienza senza attitudine. Ed in questo termine primitivo rinasce il problema che si credeva composto: il divenire è possibile senza l' essere? ed i fenomeni giuridici sono possibili senza l' essere giuridico? senza una coscienza giuridica già data, senza una facoltà connaturata del dritto, sono possibili le esperienze giuridiche? Ogni momento individuale dell' evoluzione giuridica, lo si derivi pure da una serie inferiore preesistente, non ha forse bisogno d' un *aliquid* che lo determini e lo differenzî come tale dal momento anteriore? e questo *aliquid* non è un essere che precede e rende possibile il divenire? Nella continuità dei fenomeni deve pure esservi, non foss'altro, *l' infinitamente piccolo* di Leibnitz, che prima non era ed ora è, ed è quindi la radice, il *substratum* di quello che v' è

di nuovo nel rapporto reciproco dei termini successivi della serie, di quello cioè che differenzia i singoli momenti della continuità. Questo infinitamente piccolo non può essere prodotto dalla prima esperienza, se questa, per logica di cose, lo presuppone. Come mai quelle esperienze giuridiche o quella serie di esperienze, che saremmo impotenti a far noi *ex novo*, se fossimo delle *tabulae rasae*, e che noi possiamo fare, secondo il criterio storico-evolutivo, solo perchè l' eredità e la tradizione storica ha deposto e trasmesso nei nostri poteri psichici tutto un contenuto ideale che tesoreggiamo di continuo, come mai, dico, quelle esperienze sarebbero esse state possibili, senza verun possesso anteriore di una facoltà connaturale, a quegli uomini primitivi, i quali, a quanto insegnano gli evoluzionisti, uscivano a mala pena dalla specie inferiore dell'animalità? Perchè, senza dubbio, proseguendo a rovescio il corso dell' evoluzione giuridica, vi sarà sempre un *assolutamente prius* che non è più specie ma individuo, che non è più esperienza collettiva e storica ma nuda esperienza individuale.

Il criterio storico-evolutivo che, per aver riconosciuto la legittimità del processo all' infinito, ha posto, come termine primitivo delle esperienze, la esperienza stessa e, come causa degli effetti, l' effetto o la serie degli effetti stessi, deve raccogliere i frutti del suo inconsulto procedere e deve togliere sopra di sè la contraddizione di un termine derivato che si postula come termine primitivo.

La filosofia tradizionale, la teoria *nativistica* come per dileggio la chiama l' Jhering, aveva adunque

ragione quando poneva a sostrato primitivo e causale la natura dell' uomo e non il processo della storia, la coscienza giuridica e non le esperienze edonistiche ed utilitarie. Il fenomeno della evoluzione presuppone il noumeno della creazione, nella filosofia del dritto come nella cosmologia: il divenire presuppone l'essere che diviene e che sussiste lo stesso attraverso e non ostante il divenire. Senza una coscienza giuridica bella e data, l' esperienze giuridiche non sarebbero nate, perchè è la facoltà che crea le esperienze e non le esperienze la facoltà. Ed invero, senza una coscienza giuridica universale connaturata in ciascun membro della razza o della specie, l'intimo consenso in certe verità giuridiche fondamentali, attestato dalla stessa osservazione serena dei fatti, non sarebbe mai venuto alla luce. L'esperienza, la quale procede a furia di esperimenti, di correzioni, di prove rudimentali, incerte, provvisorie e che è sempre varia da soggetto a soggetto, da caso a caso, non può aver potuto determinare, *per la contraddizion che nol consente* l' universalità e l' unità della ragion normativa e della coscienza. Si riduca questa unità e questa universalità alle semplici proporzioni di una funzione formale e vuota di contenuto, ebbene non sarà mai concepibile come quella unità della forma della coscienza morale possa essere uscita dal fondo di esperienze soggettive, senza un fondo comune di attitudini preesistenti, senza un addentellato di sorta. L' antropologia dell' evoluzione può aver provato, si conceda per un momento, che il contenuto della morale e della giustizia varia da popolo a po-

polo, da tempo a tempo, ma non può aver provato che ne varii altrettanto la forma. Essa, anzi, riprova indirettamente che la materia infinitamente diversa del dritto reca in sè l' impronta di una costante unità di leggi e di funzioni, le quali sono, alla coscienza morale dell' umanità, quello che al pensiero le leggi e le funzioni *a priori* della conoscenza; e che muta il contenuto dell' atto morale, ma immutabile ne è la ragion formale; ossia le condizioni necessarie all'atto morale come tale sono immutabilmente concepite e, sarei per dire, plasmate nella forma assoluta d'un imperativo incondizionale, d'un dovere. Si assuma il più semplice degl' istituti giuridici del più semplice dei *Natur-Völker*, ebbene l' analisi vi scopre sempre questa proprietà ideale: il convincimento di una legge estra-soggettiva, che è fuori e sopra l' arbitrio individuale ed alla quale è doveroso prestare obbedienza. La pretensione giuridica del selvaggio contiene un elemento spirituale che è condizione comune a tutte le pretensioni giuridiche di tutti i popoli più culti. Quella pretensione è appresa come una legge impersonale, non solo rispetto ai soggetti presenti sui quali si esercita, ma altresì rispetto a tutti gli altri soggetti, che sieno per trovarsi nella stessa condizione dei primi, e, quindi, rispetto allo stesso soggetto pretensore, ove egli in tale condizione venga a trovarsi. Motivo etico della pretensione o del comando, quel motivo, cioè, per cui l' una o l'altro è appreso come autorevole e fonte di obbligazione doverosa, è sempre la conformità presunta di quella pretensione o di quel comando ad una legge. Che la conformità pre-

sunta non sia conformità reale importa poco: resta sempre stabilito che condizione necessaria dell'atto giuridico, condizione universale e comune a tutti i popoli della terra, è l'intuito dell'atto stesso sotto la ragion formale del giusto. Che questa proprietà ideale non si trovi così nettamente distinta e differenziata nella coscienza morale del selvaggio, importa ancor meno. L'analisi è creatura della riflessione scientifica, laddove l'idea del bene e del giusto è un intuito sintetico della coscienza: l' assenza dell'una è ben lungi dal provare quella dell'altra. L'analisi rende molteplice e successivo rispetto a noi quello che è uno e simultaneo rispetto alla natura: confondere questi due aspetti è convertire in ipostasi reale un fenomeno della nostra difettività conoscitiva.

Senza dubbio, l' unità e la comunanza della semplice ragion formale del bene e del giusto non basta a fondare una morale, nè una filosofia del dritto. Un'etica senza contenuto è una logica del bene e del giusto, non una nomologia. Quella unità della coscienza si traduce in piena indifferenza e la percezione della ragion formale del giusto in un mero momento psicologico. Ma, se questa unità formale della coscienza morale è poca cosa rispetto alle esigenze ed agli ufficî dell' etica positiva (e però noi non ci ristiamo a lei, ma ammettiamo un contenuto morale, quale quello che ci detta la filosofia teleologico-cristiana, e sulle orme della scuola di *Max Müller* vediamo, nelle tristi condizioni morali dei *Natur-Völker* il prodotto di un pervertimento derivato) è molto rispetto alla critica della sociogenesi della evoluzione. La quale si chiarisce così contraddire apertamente non solo alla

teleologia morale, ma benanche alla critica, più negativa e più spregiudicata, della ragion pratica. Come, per avventura, le incerte esperienze dei soggetti *sub-umani* abbiano potuto determinare l' unità della ragione e dell'intuito formale del giusto, vale a dire quell' unità che è il residuo non eliminabile di un'analisi corrosiva della moralità umana: ecco un enigma che il criterio storico-evolutivo non riuscirà a decifrare mai.

Gli è che la presunzione della *tabula rasa* non è meno infondata nella sociogenesi, di quello che lo sia nella ideologia: anzi nell' una è più insostenibile che nell'altra, perchè il dritto è una idea cosí complessa che anche delle scuole filosofiche, le quali, nella serie regressiva dei fenomeni della conoscenza, pongono come termine primo la esperienza, hanno sentito il bisogno di concepirne l'idea e la vocazione come connaturata nell' uomo, come un *habitus* della natura. L' atto giuridico e l' atto morale non nascerebbero mai, ove nella volontà dei soggetti non vi fosse una cotal disposizione naturale al bene e al giusto, la qual vocazione, a sua volta, difetterebbe ove non vi fosse un intuito originario del bene e del giusto. *Ignoti* (chi nol sa?) *nulla cupido.* La volontà non è, da per sè, una legge, come volle il Kant, ma nemmeno è indifferente a qualsiasi legge, come vorrebbe il plasticismo degli evoluzionisti. Non è autonoma di fronte alla Legge Suprema ed al Supremo Legislatore, ma è tale di fronte al resto. Vo' dire che nella volontà umana v' è una vocazione primitiva verso quello che è buono e che è giusto, vocazione indipendente dalle condizioni del-

l' esperienza e della storia. Dicendo ciò, non si oltrepassano i limiti della filosofia per entrare nell'orbita della teologia (benchè un rimprovero siffatto, ci affrettiamo a dirlo, sarebbe per noi un titolo di onore). Principio conoscitivo del bene e del giusto rimane, con tutto ciò, l' analisi della coscienza, come principio ontologico dell' uno e dell' altro, la natura umana. Noi siamo i veri positivisti, noi, che ci reggiamo sul saldo sostegno della *physis*, ma della *physis* non deformata dalle preoccupazioni materialistiche. Rifacendo la serie regressiva delle cause, la filosofia pone una causa prima che muove la natura senza esserne mossa: intenta a discoprire l' origine prima di tutte le cose che sono nel tempo, la logica la costringe ad uscir fuori del tempo. L' evoluzionismo può deridere questa logica, ma non rintuzzarla. L' esclusione di un assolutamente *prius* è impossibile. E ad esso, dico al positivismo, non rimane che o attestare, con tacito assenso, la presenza del soprannaturale, ovvero rimaneggiare con ostentazione di novità e di maturità quella povera teoria mitologica della spontaneità creatrice degli uomini primitivi. Quell' assolutamente *prius*, quel termine primitivo delle esperienze, se non è una creazione del soprannaturale, deve essere una *generatio aequivoca* della natura primitiva: una genialità eroica, un *salto mortale* degli esseri subumani.

Per sfuggire alle ritorte della logica, il criterio storico-evolutivo non ha altro spediente che quello di adagiarsi in esse, di accettarle deliberatamente, di sistemarle anzi: quello, cioè, di bandire addirit-

tura il problema delle origini, facendo sorgere la risoluzione di un problema insolubile dalla disperazione professata di risolverlo. Questa esclusione del problema delle origini, come di cosa inconcepibile in sé, è postulata dalla logica del divenire. La continuità evolutiva dei fenomeni dell' universo esclude, per logica di cose, ogni nozione di principio o di fine (1). Questi due termini estremi rappresentano il discontinuo, il vacuo, il salto per eccellenza, onde sono fuori della evoluzione. L' evoluzione è panteistica: è l' eternità trasferita da Dio al mondo: ora non va dimenticato che l' eternità esclude cosí l'origine come la fine. Gli evoluzionisti odierni han poco compreso la portata del criterio evolutivo, perchè ad essi ha fatto difetto quella penetrazione metafisica che la fece comprendere cosí egregiamente al Leibnitz: ond' essi, pur professando la teoria dell'evoluzione, seguono ciò non pertanto a cincischiare il problema delle origini! Ma ciò non toglie che la loro dottrina si dibatta tra le strette di questo dilemma: o accettare la logica dell' evoluzione e quindi cessare di essere positivisti e confessarsi per *animali metafisici* di una specie alquanto diversa dagli avversari: o deviare da quella logica e

(1) Das Princip der Continuität verbot in der Reihe der Erscheinungen allen Unsprung. *Kant*. Kr. d. r. Vern. (Ed. di Hartenstein III S. 201). E lo aveva ben compreso il *v. Savigny*. « .... zwischen Geschlechter und Zeitalter nur Entwicklung aber nicht absolutes Ende und absoluter Anfang gedacht werden kann ». Vom Beruf unserer Zeit u. s. w. III Aufl. S. 113.

cadere nelle contraddizioni di un primitivo che è derivato o di un *a posteriori* che è primitivo.

La ritorsione del secondo corno del dilemma è stata analizzata parecchio fin qui. Giova solo aggiungere qualche cosa su quella del primo. Ed anzitutto, che i positivisti, accettando la logica del criterio evolutivo, diventino di punto in bello metafisici non è chi nol vegga. L' esperienza è limitata alla condizione del tempo; l'evoluzione è, invece, fuori del tempo, è, ripeto, la eternità trasferita dal mondo di là al mondo di qua e, nello stesso mondo di qua, dalla sostanza ai fenomeni. Confessi, adunque, il positivismo che il criterio storico-evolutivo è un criterio sovraempirico; che esso non abolisce la metafisica ma ne fa una per suo conto; che non elimina il soprannaturale ma converte invece il naturale in soprannaturale. Confessi altresì, che, quando promette di darci il nascimento ed il processo fenomenico delle cose, esso mentisce sapendo di mentire. Il criterio dell' esperienza e della storia, strettamente considerato, ci dà i termini disparati e sconnessi e non il vincolo di quei termini, i fatti compiuti e non la legge del loro divenire. Il continuo sfugge alla storia: essa non ci dà che una moltitudine di vacui e di discreti, tra i quali la mente umana riconosce un ordine che reca la impronta della metafisica che v' è in lei, ossia di quella somma di concetti che essa ha di già sulla natura degli esseri soggetti al divenire storico. Ed ecco così che il realismo giuridico, la filosofia del dritto genetica e fenomenologica vien meno del tutto al suo programma: non solo l' essere dei fenomeni giuridici, ma e il nasci-

mento e il divenire di questi esseri esso ignora. Residuo positivo della critica mossa alla filosofia è la scepsi pura nel campo del dritto; una scepsi dogmatica più che quella filosofia e che non soddisfa nè al criterio filosofico, nè alla esperienza.

CAP. III.

Il positivismo giuridico ed il problema etico della filosofia del dritto — Il dritto naturale.

Il dritto non è soltanto una idea ed una sostanza, ma, altresì e soprattutto, una norma. Esso è *idea umana* e, quindi, non è idea quiescente, ma forza, nè solo anticipa l'essere, ma detta il dover essere. È una idea imperativa per eccellenza ed, appunto perchè tale, essa, ripeto, è forza: forza ideale e virtù morale, s'intende, e non coercizione fisiologica o psicologica.

La filosofia che attingeva lume da questi sovrani criterî riconosceva, in correlazione al dritto positivo, un dritto ideale: questo era per lei una legge e quello un fatto; un fatto che desume il suo valore dal rapporto che ha a quella legge, dall'essere esso una forma di attuazione, d' individuazione di quella legge. Questo fatto poteva adequare, se non in tutto, in buona parte quella legge, ma non l'adequava necessariamente: ed, in tutti i casi, il suo valore era misurato dal limite di approssimazione al dettato di quella legge. Astraendo il dritto positivo da quel parziale contenuto ideale che vi sta dentro, da quello

che fa sì che esso sia non solo positivo ma dritto, di quel diritto positivo non rimane, per la filosofia, che il fatto bruto, indifferente, sfornito di significazione. Così per la filosofia seguiva un doppio processo: il dritto naturale conduceva al dritto positivo pel bisogno della sua effettuazione empirica ed il dritto positivo rimenava al dritto naturale pel bisogno di un *titulus juris* e di un sostrato razionale. L' un termine non era l' altro, ma aveva rapporto all' altro. Erano due *correlata*, non due contrarî. Perchè non erano tutt' uno, legittima era la ragion d' essere dell' uno e dell'altro ad un tempo, e, perchè erano tutt' uno in qualche cosa, in qualche rispetto, l'uno dei due non negava, non contraddiceva assolutamente l' altro. L' ideale non era del tutto inaccessibile al reale e, perciò stesso, intrinsecamente difettivo ed erroneo: il reale non era del tutto contrario all' ideale e, quindi, assolutamente ingiusto e condannevole. Questo rapporto che era concepito tra i due termini faceva sì che l'uno conferisse all' autorevolezza dell'altro. Il dritto positivo attingeva la sua virtù imperativa dal dritto naturale, ossia dall'esserne esso una varietà fenomenica, ed il dritto naturale desumeva da quello la possibilità di trasferirsi, d' individuarsi nei limiti del relatívo e del condizionato, nella storia. Così la filosofia era tanto più vicina alla dialettica sapiente della vita, quanto più era lontana dalla dialettica fantasiosa della logica; e come, nell' ordine delle idee, essa segnava la via di mezzo tra l'ottimismo ed il pessimismo, così, nell'ordine dei fatti, tra l' *umore* conservativo e l' *umore* rivoluzionario.

Il positivismo si atteggia anche qui, anzi soprattutto qui, ad avversario reciso della filosofia. Come nell' ordine teoretico esso predica l'esclusione sistematica dell' *a priori* e l' apoteosi dell' esperienza *ut sic*, così nell' ordine pratico esso dogmatizza l'esclusione della norma doverosa e l' apoteosi del fatto. Ed è giusto. L' esperienza gl' insegna l' essere o l'essere stato, non il dover essere: la storia non gli dà che fatti o, tutt' al più, che leggi empiriche di fatti: l' evoluzione gli fornisce una legge di causalità naturale che è la negazione recisa della legge morale: nessuno dei criterî, ai quali esso fa ricorso, gli suggerisce la nozione del dovere.

Tuttavia, poichè la necessità morale è un rapporto che è più facile escludere tacitamente, per esigenza di sistema, che negare di professo, e poichè il positivismo moderno è abbastanza raffinato per lusingarsi di fare a meno dei rapporti ideali della metafisica (benchè nol sia quanto è necessario per persuadersi della loro verità), esso si tiene ben lungi dal rassegnarsi al puro fatto del dritto positivo; bensì non resiste alla tentazione di interpetrare questo fatto in *funzione* di una legge che gli conferisca *a priori* valore ideale ed assoluto. È dritto quello che è imposto dai poteri coattivi ed è dritto in quanto e perchè è imposto; ma, quest' autorevolezza giuridica, se coincide col fatto stesso del comando, non coincide tuttavia col fatto del comando *attuale*, ed è conseguenza o espressione di una virtù presupposta nel fatto del comando *abituale*, del comando in quanto comando. Il principio — *est jus quia jussum est* — è la formula del positivismo e noi l' abbiamo veduta

assentita implicitamente e per ragion di contrasto dal v. Jhering e dal Dahn, professata espressamente dal Lasson e dal v. Kirchmann, idealeggiata, in omaggio allo *psichismo*, dal Bierling.

Quella formola, per quanto positiva, implica un sottinteso razionale. Ed il sottinteso è il seguente: il fatto del comando è la sorgente appunto del dritto: o altrimenti: l'essenza del dritto consiste nel comando. Il positivismo ha, pertanto, anch'esso la sua massima: l' attitudine che esso assume di fronte al fatto non è puramente passiva, o, se è tale, lo è o si avvisa di esserlo coscientemente e razionalmente. Non v'è bisogno di analisi minute per vedere quale e quanta conferma indiretta (conferma formale, s'intende) rechi questa massima del positivismo alla metafisica del dritto naturale. Il compito razionale del dritto naturale non è propriamente escluso, ma applicato ed atteggiato in modo diverso che prima; è una materia nuova che si contrappone al contenuto antico di quel dritto, non una nuova forma. La filosofia aveva per criterio conoscitivo del dritto naturale la ragione indagatrice dei fini dell' universo e della natura morale dell' uomo: il positivismo ha per suo criterio l'esperienza immediata dei precetti del potere positivo. La filosofia aveva per principio ontologico del dritto l' ordine morale della stessa natura dell'uomo e degli stessi fini delle cose: il positivismo, invece, il fatto stesso della coercizione potestativa, in quanto tale: nell' una come nell'altro, le disposizioni positive sono un fatto che in tanto ha valore in quanto gliel conferisce il rapporto vero o presunto di conformità di detto fatto ad una data legge o ad una

data massima. Varia solo il contenuto della massima e della legge, che nella filosofia è sintetico, dovechè nel positivismo è analitico: perchè nell' una è attinto altronde e nell' altro è spremuto dal fatto stesso delle disposizioni positive o, che è lo stesso, preimplicato, con dialettica *a priori*, nel fondo di esso fatto.

E che la massima del positivismo si traduca in un' analisi vuota, in una petizione di principio, non v' è dubbio alcuno. La forza coattiva del comando è criterio del dritto, solo perchè il dritto si è preconcepito come forza e forza fisiologica; solo perchè la nozione di una potenza spirituale del dritto in quanto dritto, ossia in quanto norma di ragione, si è anticipatamente esclusa, come nozione che trascende l'esperienza; solo perchè si è posto o postulato, anzi tempo, il principio che la forza, che noi intendiamo *morale*, degl' imperativi giuridici non si differenzia dall' attuazione materiale e dal successo di fatto; solo perchè si è stabilito antecedentemente che la condotta dell'uomo non può essere determinata che dai motivi empirici e psicologici della sanzione positiva; solo perchè si è presupposto che il dritto non è una idea, ma un fatto e che l' assenza dell' attuazione del dritto è sempre ed in tutti i casi assenza del contenuto e della virtù imperativa del dritto stesso. Ed invero, se la coincidenza della forza etica con la forza fisica, del dritto col fatto, non fosse un presupposto, onde e come il positivista si farebbe a provarla? Con l' esperienza? Ma l' esperienza gli consegna il fatto semplice e nudo, la nuda e semplice forza fisica; se e fino a che punto l'uno

e l'altra sieno dritto o forza morale, l' esperienza non lo dice e non lo può dire, perchè ignora che è dritto e che è forza morale. Nè lo suffraga la storia, la quale può provare concludentemente la presenza o meno dell'attuazione di fatto del dritto, non la presenza o meno della necessità di tale attuazione. Il positivismo deve, per necessità di cose, far capo alla speculazione, per dimostrare il suo assunto; se non che, è appunto la speculazione che ne denunzia l'illegittimità, perchè, se il dritto positivo ed il dritto naturale sono termini semplicemente correlativi, il fatto ed il dritto, la forza bruta e la forza morale sono termini addirittura contradditorî, tra i quali non vi è presunzione di coincidenza o di accordo che tenga.

Portando poi la questione in altro campo, è bene por mente che, per tacciare di sterilità la idea ed il dritto e per predicare come sola forza viva delle cose il potere coattivo e materiale (ed il convincimento radicato di quella sterilità è il motivo psicologico che persuade al positivismo il culto del potere coattivo) occorre aver dimenticato, o non aver conosciuto e compreso giammai, quanto la forza spirituale di talune idee universali, di alcune esigenze morali, di alcuni canoni giuridici sia stata superiore, nel corso della storia, alla forza materiale dei poteri dominanti e quanti trionfi sulla tenacità di resistenza dei fatti abbia riportato tuttora la forza ideale del dritto. Le quali conferme di fatto la filosofia le accetta e le oppone agli avversarî, senza, per altro, vincolare alla sorte di esse la sua, perchè (è bene ripeterlo) la forza ideale, la virtù imperativa del dritto è, per essa, indipendente dal successo di fatto o dall' osservanza

dei soggetti. Il dovere è dovere, che lo si adempia o no; e la violazione è un mero fatto che opera sì che l' idea non divenga un fatto, ma non sì che l' idea cessi di essere idea. Dovechè il positivismo da questa confusione tra idea e fatto prende le mosse e questa confusione solleva a sistema. Suo assunto è il seguente: l' idea non è idea perchè non è un fatto: o altrimenti: l' idea non esiste in quanto idea, perchè non esiste in quanto fatto. Il qual paradosso non può essere legittimato che da un sottinteso non meno paradossale: l' idea non esiste come idea, se non in quanto non è più idea.

Se, adunque, il secreto tentativo di conferire *a priori* alla nuda forza materiale valore e contenuto ideale cade nell' insuccesso, vien meno altresì quell' apparenza di legittimità, onde il positivismo si faceva bello. La logica delle cose rimuove quella pretesa dialettica del dritto con la forza, denudando quest' ultima di quell' involucro spirituale nel quale si veniva dissimulando. Ed allora ai positivisti si pone un dilemma dal quale non vi è via di uscita: o riconoscere la legittimità della nozione del dovere e, quindi, rientrare nei termini della filosofia del dritto naturale, o professare apertamente l' immoralismo della forza (1). Perchè tra l' una cosa e l' altra

(1) Ist das Recht nur Recht, unterschieden von Willkühr und Gewalt, wenn und soweit es eine den Willen *verpflichtende* Kraft in sich trägt, so stellt sich jeder; der von Recht spricht und weiss was er sagt, auf dem *ethischen Standpunkt,* auf dem Boden des *Seinsollenden*. Alle naturalistischen und materialistischen Doctrinen können daher nur durch Inconsequenz, durch Urklarheit und Confusion oder durch sophistische Erschleichungen vor der Identificirung von Recht und Gewalt sich schützen — *Ulrici* — Naturrecht S. 219.

non v' è via di mezzo che tenga; il contrapposto tra la *physis* ed il *nomos*, tra la necessità fisica e la necessità morale, è irriducibile: chi non voglia assentire alla logica della seconda non può, ov' egli abbia mediocremente a cuore la coerenza filosofica, rinunziare alla logica della prima. E, quando si confessi apertamente che il titolo che fonda la legittimità esclusiva del diritto storico e positivo è la forza materiale dei poteri governanti, allora noi non avremo più alcunchè da opporre e ci terremo paghi di darci per vinti. Il problema, allora, non è più da dibattere, nè da risolvere, perchè difetta quel consentimento in un *prius* della ricerca, che pure è necessario per sostenere una polemica qualsiasi. Il positivismo potrà, a buon dritto, millantare il privilegio che godono tutte le forme di scepsi assoluta, tutti i sistemi negativi, tutte le demolizioni dottrinali della verità e della natura: il privilegio di esser fuori della critica, perchè si è fuori della coscienza umana.

Se non che, di questa logica di sistema non tutti sono accorti; ne sono, anzi, ignari pressochè tutti. Ed è forse questa ignoranza il motivo della loro tenacità. Essi usurpano, senza volerlo deliberatamente, le esigenze ed anche un po' le soluzioni del dritto naturale, lieti che una materia presa d' altronde risparmî ad essi la fatica ed il dolore di saggiare a fondo la insostenibilità del loro assunto originario. Del resto questa apoteosi del dritto di fatto e della forza non è il sèguito di un proposito meditato e rigorosamente positivo, ma di una esigenza tutta negativa che domina i nostri positivisti. La esclusività che essi appongono al dritto positivo, è la

conseguenza della esclusione che essi han fatto dianzi di alcune forme storiche del dritto naturale; forme storiche che essi hanno scambiato sul serio con la sostanza stessa del dritto naturale, in omaggio a quel vecchio espediente sofistico di fare un fascio della scienza e degli scienziati, della idea e delle applicazioni, dell'uso e dell' abuso, della realtà oggettiva e della percezione soggettiva. E di sistemi o di concepimenti individuali o collettivi di dritto naturale ve ne ha parecchi e di diversa natura; onde la impresa d' insinuare i proprî criterî positivisti tra una critica e l' altra di questo o quel sistema sbagliato di dritto naturale sembra larga promettitrice di successi. Se non che, alla prima analisi cui si sottoponga (e parlo di un' analisi elementarissima e superficiale) quel termine polisenso che è il *diritto naturale*, i successi del positivismo, come di ogni cosa che poggia sovra un equivoco, si dissipano d' un tratto.

V' ha anzitutto una forma di dritto naturale, la quale, benchè prenda le mosse dallo schematismo universale della natura umana e dalla premessa dello stato di natura, ha tuttavia carattere e tendenze originariamente empiriche e si presenta non già come una dottrina creativa di dritti o di esigenze morali in contrapposto al dritto positivo, ma piuttosto come una semplice astrazione ed elaborazione concettuale del dritto storico vigente: e questa scuola procede dal secolo decimosettimo alla seconda metà del decimottavo (1). V' ha, indi, una

(1) Ciò è messo discretamente in luce dal *Bergbohm* — Jurisprudenz u Rechtsphilosophie I. S. 160-168.

altra forma di dritto naturale, quella che, per abusata terminologia si chiama diritto naturale (*Naturrecht*) per antonomasia, ed è il diritto naturale dell' *Aufklärung* e della ragione, di cui è conosciuta la storia assai più, forse, che il carattere e l' indole vera, che è razionalista nel metodo, subiettivista nei criterî, antistorico nelle esigenze, umanitario nel contenuto; che è la scuola in cui il diritto non è più astrazione o generalizzazione dell' esperienza storica, ma un *logo* della ragione creativa, e nel quale lo stato di natura è (almeno in quanto ha di meglio) meno una premessa di fatto storico, che una ipotesi razionale postulata a legittimare una data serie di obbligazioni giuridiche o la possibilità stessa di una obbligazione giuridica: che ha nel suo attivo e nel suo passivo, ad un tempo, la dottrina (atteggiata in modo particolare) dei *dritti dell' uomo* e la grande rivoluzione. V' ha, poi, il dritto naturale della filosofia perenne; che non è forma ma sostanza delle forme; che è anteriore, per ordine di tempo, così al *Naturrecht* empirico come al *Naturrecht* razionalistico e che non è nè l'uno nè l' altro, benchè l' uno e l' altro nella lor parte migliore si approssimino ad esso; che emerge dalle profondità della coscienza umana in qualsiasi luogo ed in qualsiasi tempo e che la cultura greca speculò non meno che la cultura moderna; che non è patrimonio di questa o quella filosofia personale, ma della tradizione storica ed impersonale della filosofia; che non è contrario sistematicamente al criterio storico, ma non lo è nemmeno al criterio speculativo; che rifiuta la ragione, come virtù creativa delle cose,

ma la tien salda come potenza conoscitiva dei rapporti ideali e delle norme imperative; che supera il subiettivismo assoluto dell' *Aufklärung,* ma non ne trae argomento a rinnegare le esigenze oggettive della coscienza umana come tale; che è illuminato da una concezione teleologica dell'universo e della vita, ma non profana per questo il suo finalismo nelle aberrazioni del panteismo ottimista e del pietismo storico; che si rappresenta i dritti dell' uomo circoscritti dalla funzione correspettiva del dovere, ma non sconosce la sostanza ed il valore imperativo dei dritti attinenti all'uomo come tale, anzi questi diritti rivendica tuttora e consacra.

Ora è questo dritto naturale che, in nome della filosofia, si oppone oggi al positivismo, perchè è esso che segna il sostrato permanente delle forme storiche particolari; e questo dritto naturale è così lungi dall' essere posto a mal partito dalla critica che i positivisti oppongono a questa o a quella forma onde questo o quel filosofo, ovvero questa o quella scuola di filosofi lo ha concepito: che anzi taluna di quelle critiche se la potrebbe appropriare esso stesso, senza infirmare per questo il suo contenuto sostanziale. E dico a bella posta: taluna: perchè parecchie, la maggior parte, di quelle critiche sono del tutto infondate. Quelle, in specie, che si dirigono al dritto naturale razionalistico, ossia al *dritto naturale,* sono sì arbitrarie e, ad un tempo, sì pretensiose che si rende urgente il bisogno di rintuzzarle in nome della sana e serena filosofia. Di già quel dritto naturale non ha avuto ancora, nella lotta delle dottrine, quella piena giustizia, della quale i

torti innegabili, ma pur sempre largamente compensati, non gli scemano la legittima aspettazione. Dagli avversarî, che lo fraintendono o lo giudicano con criterî unilaterali, agli amici (cito tra questi lo Spencer del *The man versus the state* e della *Justice*) che ne appropriano quello che esso ha di men buono, è tutta una gara ad abbuiarlo, a rimpicciolirlo, a deformarlo: alla quale non poca parte conferî, ai suoi tempi, lo Stahl, per aver voluto, in omaggio alla sua dialettica possente, predicare della sostanza del dritto naturale le note e le categorie applicabili al solo panlogismo Hegeliano, che si traduce, a sua volta, in un sistema intrinsecamente realista e positivista (1).

È di moda, ad es., tacciarlo di astrazione concettuale, abusando del doppio senso della parola *astrazione*, e non si pensa che esso rappresenta precisamente il contrapposto di ogni astrazione concettuale della realtà empirica, differenziandosi, appunto per questo, da quel dritto naturale che immediatamente lo precede. L'astrazione non è punto un procedimento trascendentale e sovraempirico, come si crede comunemente: essa è, anzi, una delle tappe del processo induttivo. L'astrazione è, propriamente, un processo di semplificazione logica dei dati empirici, non un criterio conoscitivo che trascenda i dati stessi. Assumere la parola

(1) Parrebbe averlo egli stesso confessato, là dove (Geschichte der Rechtsphilosophie S. 161, 162) illustra lo aspetto empirico del *Naturrecht* dichiarando apertamente che solo con l'Hegel può dirsi « der ununterbrochene Faden logischer Forderung durchgeführt. »

« astrazione » nel senso di una « intuizione » sovraempirica è assurdo: bisogna aver dimenticato così l'etimologia del vocabolo (*ab*-strahere) come l'analisi del processo conoscitivo.

L'astrazione è la via traverso la quale si perviene all'universale logico: il quale universale logico è l'unico sforzo cogitativo che si possa consentire l'induttivismo e l'empirismo. Se, adunque, astrazione non significa che questo, non è arduo vedere quanto arbitraria sia la censura mossa al diritto naturale. La ragione del *Naturrecht* è così poco ragione astratta da una serie di concreti preconosciuti, che anzi essa è una creazione, una conoscenza *ex novo* ed intuitiva. Il diritto naturale è, nel fondo, *ontologistico*: ond'esso ha per suo criterio l'intuito creativo della ragione, anzichè l'esperienza del reale, l'analisi, la riflessione, l'astrazione.

Il *genus proximum* dell'uomo, ossia del soggetto dei dritti connaturati, è, ivi, meno un residuo dell'astrazione dalle differenze specifiche, ossia dalle varietà contingibili e storiche, che una speculazione *a priori* e sovraempirica dell'università reale della natura umana. E dico che è tale nella sua esigenza e nel suo interesse filosofico, senza punto giudicare se quella esigenza o quell'interesse siano stati sempre e coerentemente soddisfatti. Ed è appunto dall'essere l'intuizione, l'*Anschauung,* il suo processo ed il suo criterio, che segue la sua virtualità, sarei per dire la sua impulsività etica. L'astrazione è puramente logica; è negazione esplicita della vita, della forza, dell'attività, dell'*ethos*. Carattere del dritto naturale è, invece, la sua potenza attiva, la

sua forza suggestiva di riforme e creativa di rivolgimenti: suo prodotto immediato è quella obsessione spirituale che investì l'umanità, trascinandola in quel salto dal pensiero all'azione, dall'ideale al reale, dalla natura alla storia, vero salto nel buio, che fu la rivoluzione. V' ha bensì l' astrazione concettuale anche nel dritto naturale: ma questa astrazione, anzichè essere il prodotto d' una esigenza sovra-empirica come si crede dai piú, è piú presto la conseguenza naturale di quella infiltrazione empirica che vi si venne formando, allorchè i suoi cultori, non contenti di aver annunziato una serie di principî e di averli speculati *a priori*, il che, metodicamente parlando, era perfettamente giusto, vollero fare un passo più oltre e costruire, per via di un' analisi concettuale di quei principî, la serie degli atteggiamenti concreti della vita giuridica. Per una simile costruzione logica miglior presidio non si offeriva ad essi che l' astrazione, ossia la semplificazione logica dei concreti ottenuti dall' esperienza. L' intuizione non poteva servire alla bisogna, perche è proprio dell' intuizione cogliere i rapporti ideali e l' universale delle cose o, più brevemente, le idee, non i concreti od i fenomeni. Essi, adunque, travagliati da una esigenza empirica, fecero capo all'astrazione; e dal mondo reale e dalle condizioni sociali ed economico-politiche del tempo loro astrassero tutto un contenuto storico e particolare, il qual contenuto essi hanno predicato dell' umanità intiera, pervertendo, così, in universale logico, l'universale reale e, nella *indifferenza* dialettica, l' unità della natura umana. È qui che la critica dello Stahl e degli altri acerbi

rampognatori coglie, senza dubbio, nel segno, ma non già perchè il dritto naturale sia caduto nelle speculazioni *a priori* della ragione, bensì perchè esso è caduto nel circuito dell' analisi e dell' empirismo, o, se l' astrazione si voglia assumere, per un momento, nel senso che le conferiscono i nostri avversarî, non perchè essi abbiano *astratto* troppo, ma perchè anzi hanno *astratto* troppo poco. La natura traccia le linee fondamentali: i dettagli dell' esecuzione li lascia alla storia ed alla volontà positiva. Il vero dritto naturale ci dà una serie di criterî o di principî del dritto, i quali sono, bensì, un dritto, ma un dritto ideale e potenziale. Essi, quei criterî o quei principï, sono un prerequisito del dritto fenomenico, ma non sono ancora, propriamente parlando, un dritto fenomenico bello e dato; il qual dritto è la risultante complessa di condizioni empiriche, nelle quali quei principï e quei criterî s' individuano ma non si consumano (1).

(1) Questo principio è efficacemente illustrato, non senza per altro un po' di formalismo, da *A. Feuerbach* « .... Das Rechtsgesetz, obgleich durch sich selbst *allgemeingültig,* kann dennoch als blosses *Vernunftgesetz* nicht allgemeingeltend werden. Soll es wirklich herrschen. . , . so muss dieses Rechtsgesetz aus dem Reiche der Vernunft in das Reich der Erfahrung, aus der intelligiblen Welt in die Welt der Sinne hinübergetragen. . . . werden. In dem Gesetze des Rechts erkenne ich noch nicht die Rechte selbst, in ihm habe ich nur das *Princip* und das *Kriterium* ihrer Erkenntniss; die Frage; worin besteht das rechtliche uberhaupt; nicht aber die Frage: was Rechtens sei unter dieser oder jener Bedingung, in diesem oder jenem Verhältnisse. . . . » Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft=Landshut 1804: p: 16 e segg.

L' esigenza empirica che deforma il dritto naturale sta appunto in questo, nel serbarsi infedele al suo assunto, nel sottoporre quello che dovrebbe essere una speculazione del dritto naturale a quella serie di condizioni alle quali è sottoposta la conoscenza del dritto fenomenico, nel trasferire alla nozione di quello le note che sono pertinenti alla nozione di questo; di guisa che essi muovano come da un sottinteso: il presunto dritto naturale va trattato alla stregua del dritto fenomenico.

Ad essi è mancata quella potenza o, forse meglio, quella tenacità di tensione intellettiva che era necessaria per comprendere che il dritto naturale deve anzi tutto rimanere dritto naturale, e che il giudizio sulla esistenza di esso non deve essere sottoposto al regolo o al criterio moderatore dei giudizî sull' esistenza del dritto positivo. Anche qui, adunque, essi sono in colpa non già per aver voluto far troppo di dritto naturale, ma per averne fatto troppo poco; e chi ha meno dritto di rampognarli di ciò è il positivista. Ai principî del dritto naturale si potrebbe, a buon dritto, torcere quel rimprovero che fece Aristotele alle *idee* di Platone: essi, quei principî, sono ipostasi intellettive delle realità fenomeniche individuali. Di qui l' aspetto malsano del dritto naturale: la realtà della storia contorta in un falso schematismo logico: quello che sarebbe dovuto essere storico relativo provvisorio, rifuso in una forma logica universale e rappresentato come eterno, assoluto, immutabile: la storia, insomma, negata come storia e riaffermata come speculazione logica. Così, quel subiettivismo, che era la realtà di fatto del tempo

dell' *Aufklärung*, si predica come natura dell' uomo in tutti i tempi: alla proprietà ed al contratto si conferisce quel contenuto rigidamente individualistico che corrispondeva alle mire secrete del sistema economico che si veniva affermando in quell' ambiente storico, del sistema capitalista (1); la nozione dei dritti connaturati alterata e deformata dalla miscela inconsulta di elementi positivi e di pretensioni e di attribuzioni acquisite.

Gli si appone a colpa, altresì, la nozione dello *stato di natura*. Ma, se lo assumere uno stato primitivo della umanità governato da una legge spontanea di natura e non da una legge o da un sistema di leggi umane positive, se, dico, assumere questo stato di natura a rigore di fatto storico può essere ed è un abuso della mitologia, assumerlo, invece, come una ipotesi filosofica, è, fuori dubbio, un processo rigorosamente scientifico e fors' anco metodicamente necessario. Ogni pensatore che voglia differenziare medioeremente il contenuto della vita sociale, che voglia sceverare quello che è permanente da quello che è transitorio, il *substratum* dai fenomeni, che voglia discernere nettamente quello che in una data associazione di persone va attribuito alla natura originaria di ciascuno dei membri da quello che vi si è venuto soprapponendo per la reciprocità d' influsso dei membri tra loro e per tutto il tessuto dell' azione sociale, ogni pensatore, dico, che voglia fare tutto questo, deve porre lo stato di natura e contrapporgli

(1) Cfr. il nostro libro « La terra nell' odierna economia capitalistica (Roma 1893) p. 64-69.

lo stato sociale sopravvegnente, deve distinguere limpidamente l'uomo della natura dall'uomo della storia. È superfluo qui ricordare lo Spencer, il quale a questa astrazione dell' uomo della natura dall' uomo della storia (che per lui, naturalista reciso, si converte in un' astrazione dell' unità biologica dall' unità sociale) ha reso omaggio non solo nelle opere ultime nelle quali egli restaura di professo il dritto naturale, ma anche nelle opere anteriori, le quali segnano il *climax* del suo pensiero filosofico: il convincimento, anzi, della legittimità di una contrapposizione dell'unità biologica alla unità storica, o, che per noi è lo stesso, della legittimità di una ipotesi dello stato di natura, è, forse, l'anello di congiunzione del suo novissimo dritto naturale con la sua sociologia ed in genere con tutta la sua filosofia sintetica, l' addentellato dell' uno nell' altra. Ricordo, poi, un illustre positivista, come il Kirchmann, il quale ha esplicitamente riconosciuto la necessità che le scienze morali, prive come sono del sussidio dell' esperimento, invochino l' ausilio di ipotesi scientifiche per sopperire a quel difetto, e, tra queste ipotesi, rivendica, di proposito deliberato, quella dello stato di natura (1). Non

(1) *Es....* ist die Wissenschaft der Sittlichen genöthigt, nicht bloss auf die sittlichen Zustände der rohen und ältesten Völker mit besonderer Sorgfalt einzugehen, sondern sie muss noch hinter die ältesten geschichtlichen Zustände zurückgehen und durch Hypothesen die einfachsten Zustände zu ermitteln suchen. Diese Hypothesen können in ein phantastisches und für die Wissenschaft nutzloses Spiel ausarten: allein mit Vorsicht geübt, ersetzen sie das Hülfsmittel der Experimente in der Naturwissenschaft und sind nicht zu entbehren. *Daher erklärt es sich, dass schon Aristoteles und später die Begründer des Natur-*

l' uso di questa ipotesi va, adunque, rimproverato al dritto naturale, ma l' abuso: ossia non la ipotesi come ipotesi, ma la maniera particolare onde la si atteggia.

Quanto poi all' altra nozione del *contratto sociale*, che è quella che più si rimprovera al dritto naturale (e, tenuto conto delle conseguenze logiche di essa, a buon dritto) va notato che nei più grandi cultori di quel dritto (cito ad es. il Kant) il contratto sociale non è già un fatto storico, ma una ipotesi razionale evocata a legittimare l'ordine giuridico dei rapporti umani, anzichè a scuoterlo e corroderlo. La teoria del contratto sociale è la risultante di due fattori: del sottinteso o presupposto contrattuale, secondo il quale unica fonte legittima di obbligazione autorevole è il consenso dello stesso obbligato; e della esigenza, che animava i cultori del dritto naturale, a legittimare il vincolo o la serie dei vincoli sociali, anche quelli che non lasciavano trapelare o supporre la presenza di un consenso preesistente. Il contratto sociale è quel di là dell'esperienza attuale, quell' assolutamente *prius* della storia, che sopperisce al difetto del consenso *attuale*, con l'allegare una specie di consenso *abituale*, una *Anerkennung*, direbbe il Bierling, una *mas-*

rechts mit Urzuständen des Menschen beginnen, welche über die Geschichte hinausreichen. Der oft dagegen erhobene Tadel trifft nicht das Verfahren an sich, sondern nur den damit getriebenen Missbrauch. Es kann desshalb auch hier dieses Mittel nicht unbenutzt bleiben: aber die Vorsicht gebietet, es auf das Nothwendige und Gewissere zu beschränken. — Grundbegriffe S. 119.

sima dell'assenso. Il contratto sociale esprime quindi la dialettica che il pensiero dei cultori del dritto naturale ebbe tentato tra la premessa logica del contrattualismo e le esigenze della conservazione sociale, tra la invincolabilità assoluta della libertà naturale, postulata come principio, ed il complesso dei vincoli sociali, riconosciuti come fatto. Il che si deve al fatto, riconosciuto dallo stesso Stahl, che essi, se per la logica, sarei per dire per la *consequenziarità*, del loro principio erano, o meglio avrebbero dovuto essere, rivoluzionarî, nel fondo del loro pensiero e della tendenza loro erano, invece, conservatori: senza dubbio degl' ingenui conservatori! (1). Che se si voglia porre a carico loro appunto il non aver compreso che il vero stato naturale dell' uomo è lo stato sociale, che non v' ha bisogno di una ipotesi razionale quale che sia per legittimare vincoli sociali i quali si legittimano da sè, che si pensi, almeno, che il torto innegabile

(1) Das Naturrecht .... ist nachgiebig, wo es die Wirklichkeit gegen sich hat, es lässt sich jeden Zustand gefallen und sucht ihn durch Unterlegung einer stillschweigenden Einwilligung zu rechtfertigen, um sein theoretisches Interesse zu befriedigen: die Revolution, dagegen, will die Macht der Wirklichkeit brechen, sie vernichtet jede Einrichtung, die nicht aus ihren reinen Vernunftbegriffen folgt. Ienes erdichtet für jede Verfassung, die Menschen hätten sie gewollt, damit es sie als frei denken könne, diese duldet keine Verfassung, die sie nicht gewollt, damit sie wirklich frei seyen. — Gesch. d. R. phil. S. 290. Quest' antitesi del dritto naturale alla rivoluzione è ricondotta dallo Stahl ad una causa diversa che da noi. Ma ciò non conta: importa che quell' antitesi sia stata riconosciuto da quel profondo intelletto.

del dritto naturale va dovuto, in buona parte, alla difficoltà di discernere i vincoli sociali, che sono davvero conformi alle leggi della natura umana, da quegli altri vincoli che non sono tali. L'errore loro, sarei per dire, è, in parte, un errore delle cose. Niente più naturale all'uomo dello stato sociale e pure niente, ad un tempo, più violento di esso (antitesi questa che deve essere stata colta dal Manzoni, non ricordo più in qual punto delle sue opere): perchè lo stato sociale, accanto ad una serie di obbligazioni perfettamente legittime, perchè perfettamente naturali, reca pure con sè (è il suo lato debole come di ogni cosa di questo mondo) un cumulo di coercizioni arbitrarie, giacobine, irrazionali che la natura convellono, incatenano, deformano. Che meraviglia, dopo ciò, che il dritto naturale abbia colto questo secondo aspetto delle cose soltanto e niun conto abbia tenuto del primo, di guisa che si sia reputato in dovere di legittimare quello che non sembrava legittimo a prima giunta e di costruire con la volontà quello che non forniva la natura? Nei fenomeni di questo nostro mondo, che non adempie in sè la perfezione e l'ideale, ma della perfezione del di là è soltanto un baleno, v'è tante e così aspre antitesi! ed è così facile invertire un solo dei termini dell'antitesi nella realtà tutta intiera!

Il dritto naturale può avere molti torti, ma questi sono compensati ad usura dal molto di buono che vi è dentro: da quella nozione di un dritto indipendente dalla sanzione positiva e superiore ad essa, che si attiene all'uomo in quanto uomo, che è

patrimonio indelebile della sua natura, quello appunto che costituisce il suo essere di uomo, la sua *umanità*. E l' *umanità*: ecco l' aspetto sano del diritto naturale; che in esso è, forse un universale logico e formale, una formula del razionalismo dell' *Aufklärung*, ma che si deve ad esso se sia potuto divenire nella mente dei contemporanei e dei posteri un universale reale. Prima che esso ravvivasse il culto della personalità individuale, si vedeva *questo* o *quell'* uomo, in questo o quel ceto, in questa o quella condizione economica e sociale: grazie ad esso si vide *l'*uomo. Esagerò il suo assunto e cadde nello individualismo: ma l' umanità gli deve saper grado di questo individualismo, se da esso ha potuto sprigionarsi, con un processo di auto-correzione, la sana individualità, ossia la dignità umana. In questo il dritto naturale razionalistico si confonde col dritto naturale assoluto della filosofia tradizionale; ed è la espressione di quel dritto che ogni uomo possiede come la parte più sacra di sè stesso, che l' uomo sente pria di conoscere ed aspira nell'atto stesso di conoscerlo, che non si sa se sia più un sentimento od un intuito, una idea od una volizione. Il dritto naturale rientra, allora, nei termini della dottrina cristiana, perchè il dritto dell'uomo è l'espressione della preziosità inestimabile dell' umana persona redenta da Cristo; e, come tale, è inoppugnabile e rimarrà tale senza fallo, finchè non declini la coscienza morale dell' umanità.

Nè io saprei per qual modo il positivismo, il quale si è travagliato e si travaglia nella critica del dritto naturale, possa col labile sostegno dei suoi

angusti criteri oppugnarlo davvero. Un sistema che predica l' esperienza, come criterio scientifico esclusivo, non ha altro argomento da opporci che questo: il vostro preteso dritto naturale l' esperienza non ce lo attesta; nessuno ci ha fatto toccar con mano la sua esistenza nel passato, o nel presente; si può metter pegno che nessuno ce ne farà toccar con mano l' esistenza nel futuro: il vostro dritto naturale, adunque, non esiste. — Orbene questo argomento è così innocuo che esso non tocca nemmeno il dritto naturale, nè i suoi cultori. I quali potranno ben rispondervi: sapevamcelo! ma il nostro dritto naturale è quello che è, appunto perchè non è fenomenico, ossia oggetto di esperienza. Noi siamo sí poco scossi dal vostro raziocinio che lo abbiamo prevenuto: il dritto naturale è, per noi, una idea e non necessariamente un fatto, un dover essere e non un essere, una necessità morale e non una cosa empiricamente esistente.

Che il dritto naturale sia esistito o meno nelle condizioni dell' esperienza e della storia, che sia stato attuato o individuato da questo o quel dritto positivo, a noi importa, a rigor di termini, poco; perchè il nostro quesito non è se esso esista o sia esistito davvero, ma se debba esistere: onde l'inesistenza di fatto di esso non è argomento contrario alla nostra teoria, come non le sarebbe argomento favorevole la sua esistenza. Quando, in nome del criterio sperimentale, si esclude la nozione del dritto naturale, si cade in una petizione di principio. Si dà per provato quello che si doveva appunto provare: che unico criterio conoscitivo della esistenza

delle cose sia l'esperienza, o, meglio ancora, che non vi sia altra forma di esistenza che la esistenza empirica. Ed in questa petizione di principio si risolve tutta la critica esercitata dal positivismo sul dritto naturale. Gli studî di filosofia del dritto del Wallaschek e più di tutto il libro recentissimo del Bergbohm, nel quale è condotto un esame molto accurato del dritto naturale (1), sono piene di argomentazioni suppergiù del contenuto e del valore della seguente, formolata dal primo di quegli scrittori: *Ausser dem bestehenden Recht giebt es kein anderes Recht, denn es ist ein Widerspruch, anzunehmen, dass, ausser dem bestehenden Recht, noch ein Recht besteht, das nicht besteht* (2). É chiaro che un simile modo di ragionare è il portato logico della ideologia positivista, come è chiaro che ivi si confondono malaccortamente due cose, che vanno divise o distinte, o, almeno, sulla diversità o pluralità delle quali volgeva appunto il quesito. L'esistenza empirica delle cose va distinta dalla esistenza metafisica delle cose stesse. Ora è appunto a questa esistenza metafisica che fanno accenno i rivendicatori del dritto naturale. Ai quali inopportunamente si fa rimprovero di assurdo paradossale, con una proposizione sofistica di quel genere, dove il verbo essere vien preso in un membro in un senso e nell' altro in un altro. *Eine andere wichtige Frage bleibt ja immer, ob das Recht, das besteht, auch bestehen sollte, aber der Begriff des Rechtes, das sein soll, darf nicht ver-*

(1) Op. cit.

(2) Op. cit. S. 96.

wechselt werden mit dem, das thatsächlich vorhanden ist, und nur dieses letztere ist Recht, das erstere soll es sein (1). Ma, di grazia, quando mai il dritto naturale ha preteso di affermare la sua esistenza empirica di fatto , ossia la sua esistenza di diritto positivo? Esso ha sempre preteso di essere quello che è, e quando ha detto: io sono: intendeva dire, non già: io esisto davvero: ma: io debbo esistere. L' essere del dritto naturale è precisamente il dover essere: il dritto naturale è una norma ed *è* come norma, cioè a dire come dover essere. Che non sia punto un fatto, il primo ad esserne persuaso è esso stesso. Appunto perchè non esiste necessariamente nelle leggi positive, esso rivendica il suo dritto di esistere. Ed in questo dritto ad esistere, non già nell'esistere davvero è riposto il suo essere. È veramente deplorabile che questi principî così elementari debbano essere ribaditi quando pareva che nessuno potesse dubitarne!

L' empirismo è così scarso di prove contro il dritto naturale, ch'esso non può neanche fermare assolutamente che quel dritto non sia possibile nelle stesse condizioni future dell' esperienza. Vale a dire, esso non solo non ha autorità di asserire che il dritto naturale non *sia* ovvero non *debba esistere,* ma non ne ha nemmeno per assicurare che esso non *possa esistere.* Perchè il possibile ed il futuro eccede il potere dell' esperienza, la quale è limitata al passato ed al presente; il poter essere o il sarà sono quasi così lungi dal poter essere affermati e negati dal positivismo che aspiri ad essere logico, quanto

(1) Ibid. ibid.

lo è il dover essere (1). Esclusa, così, la possibilità di uno di quei richiami al futuro che sono tra i ripieghi prediletti dell' empirismo, toltogli il modo di dettar legge alla storia, ad esso non resta che contenere le sue negazioni nella sfera del presente. Allora la scepsi che esso esercita sul dritto naturale va formolata nella tesi seguente: il dritto naturale non esiste come dritto naturale, perchè non esiste come dritto positivo: una tesi sbalorditoia che presuppone, in chi la sostiene, il difetto assoluto della più elementare analisi ideologica e che segna, mi si lasci dire la parola, la vera bancarotta del positivismo giuridico.

(1) *Stammler*. S. 37.

SEZIONE TERZA

Le tendenze di reazione al realismo. Il criticismo nella filosofia giuridica. **R. Stammler**. L' idealismo empirico. **W. Schuppe**.

Il realismo, nulla ovviando la fede cieca da tanti riposta nel suo criterio fondamentale, non può aver superato, per altro, il destino dell' esistenza storica, non può aver preoccupato o posseduto di tal guisa il pensiero filosofico da soffocare ed estinguere, anzi tempo, ogni lotta od ogni accenno ad una lotta dottrinale e da rintuzzare, una volta tanto, il pungolo della critica. L' indirizzo realista è dominante, non esclusivo: nella vita del pensiero filosofico-giuridico l' azione è rappresentata da esso, il che, per altro, non toglie che una reazione o un baleno di reazione vi sia. La tradizione ininterrotta, perenne del dritto naturale, perturbata nel suo *fatale andare* e ricacciata nel fondo del pensiero germanico da quella stessa corrente d' idee che sollevava il positivismo alla superficie, è stata, forse e senza forse, più viva, più tenace, più operosa che non paia a prima giunta. Quel ripiegare in sè stessa, quel tenersi lontana dal-

l' alito corrompitore di un ambiente viziato, ha potuto insinuare in lei la tendenza feconda e luminosamente educativa dell' auto-critica e consentirle di propiziarsi con più duraturo successo il dominio del pensiero, quando il positivismo avrà consumato il suo corso ed esauste le ragioni della sua esistenza. E, senza spingere lo sguardo in un futuro più o meno remoto, non difettano neanche oggi, in Germania le testimonianze di una continuità evolutiva della tradizione del dritto naturale, che non solo promette molto per l' avvenire, ma delle sue promesse anticipa l' adempimento nel presente. Sono, bensì, intuizioni personali più che intuizioni collettive e frammenti più che teorie; ma questa natura frammentaria e, sarei per dire, sporadica degli studi attinenti al dritto naturale è meno l' indizio di una dispersione del pensiero speculativo, dovuta alla mancanza di un nocciolo comune di convincimenti filosofici, che di quell' autonomia, di quell'isolamento, di quella specie di atomismo dottrinale che è la sorte di tutti i movimenti d' idee, avversi all'andazzo del tempo o, con altra parola, eterodossi. Di guisa che dall' *Ulrici* all' *Harms*, dal *Geyer* al *Rümelin*, dal *Frohschammer* al *Carrière*, dall' *Adickes* al *Byk* (1)

(1) Ricordo dell' *Harms* l' opera postuma pubblicata dal parroco H. Wiese « Begriff, Formen und Grundlegung der Rechtsphilosophie (Leipzig 1889 ; del *Frohschammer*. « Ueber die Organisation u. Kultur d. menschl. Gesellschaft u. s. w. (München 1885); del *Carrière* « Die sittliche Weltordnung. 2a Aufl; dell' *Adickes* « Zur Lehre v. d. Rechtsquellen u. s. w. (Göttingen 1872); del *Byk* « Rechtsphilosophie. (Leipzig 1882): degli altri le opere già citate.

(per non parlare dei meno recenti come del *Walter*, del *v. Rotteck,* di *I. H. Fichte* e del *Trendelenburg*) è tutta una serie di contributi al dritto naturale, o a quel movimento filosofico che è meno alieno da un sano risveglio del dritto naturale, non senza, per altro, che le opere di taluno degli scrittori sovra menzionati non sieno viziate da preoccupazioni trascendentali e panteistiche, o da una congerie di opinioni o di sovrapposizioni soggettive, le quali non lasceranno orma durevole sul cammino della scienza. D' intuizioni collettive, di scuole, che conservino la tradizione del dritto naturale, neanche vi è pieno difetto. La scuola del *Krause*, che non esercitava più da parecchio l' influsso di un tempo e pareva quasi spenta, viene ravvivata dalla pubblicazione recentissima delle opere inedite del grande maestro, una delle quali opere è un dibattito felice del problema della filosofia del diritto e, forse e senza forse si lascia indietro, per valore di opportunità, le scritture dei discepoli, dall' Ahrens al Röder (1). V' è inoltre la scuola *Aristotelico-scolastica*, la quale va fatta degna di menzione peculiare per l' analisi alla quale sottopone il dritto naturale ed il criterio deontologico, e le cui dottrine, sostenute frammentariamente dal *v. Hertling* e dal *Gutberlet,* sono state di recente coordinate dal *Cathrein* e furono sistemate, già con gran vigore di dialettica, dal *Meyer* (2).

(1) L' opera a cui si accenna è la seg: Vorlesungen über Naturrecht oder Philos: des Rechtes u. des Staates -herausgegeb. von R. Mucke. (Leipzig 1892).

(2) Cito del v. *Hertling* « Zur Beantwortung der Göttinger Iubilaeumsrede u. s. w. (Münster 1887); del *Gutberlet*. « Ethik

Di questa tradizione del dritto naturale io non intendo, per altro, analizzare le fasi e preoccupare i possibili successi. È mio intendimento indagare ed esaminare le forme presenti della filosofia giuridica tedesca: e poichè quel « presente » io lo intendo e l' ho inteso, fin qui, in senso più filosofico che cronologico, non indugerò nell' analisi di dottrine, le quali, in quello che hanno di meglio, rappresentano la tradizione perenne della filosofia. Non di quelle dottrine, delle quali non so se sia più giusto dire che esse sono avverse al positivismo o non piuttosto questo avverso ad esse, io mi propongo l' esame, ma di quelle tendenze che sono vera e propria reazione, le quali, cioè, intendono meno ad una sistemazione positiva del dritto naturale che ad una critica del suo rovescio, del positivismo; il cui processo è, direi quasi, non autonomo ma governato e misurato dall' impulso occasionale della polemica; e le quali, appunto perchè reagiscono al positivismo, han comune con esso quel certo sapore di attualità storica che le segnala alla nostra attenzione.

Accenno qui, senz'altro, alle tendenze neokantiane le quali, per quella reciprocità d'influsso che si è accennata altrove tra la filosofia universale e la filosofia particolare del dritto, dovevano, presto o tardi, affermarsi nel dominio della seconda, dopo quel certo sviluppo che avevano assunto nel dominio della pri-

u. Naturrecht (Münster 1883); del *Cathrein* i due recentissimi volumi sulla « Moralphilosophie »; del *Meyer* le « Institutiones juris naturalis etc. sec. principia S. Thomae Aquin.; (Freiburg 1885) I.

ma. Il loro intento fondamentale si lascia riassumere in poche parole: la ritorsione del problema della critica contro il positivismo. Fare un novero esatto di quelle scritture o di quei saggi in cui tendenze siffatte balenino, non è possibile: tuttavia reputo di non andare errato, nè di commettere inescusabili omissioni, se mi limito a far menzione di tre soli scrittori, i quali, quand' anche, per avventura, non sieno i soli, possono tuttavia assumersi come rappresentanti degli altri o dell' indirizzo che han comune con gli altri. Il primo di essi lo Stoerk ha opposto profonde e sagaci osservazioni critiche all' induttivismo del Post e risente vivo l' influsso della critica kantiana ed anche un po' della ideologia dello Schopenhauer (1). Il secondo, lo Stammler, rappresenta, forse, più fedelmente la tradizione kantiana, in quella scissura radicale che, sulle orme del maestro, egli pone tra l' esperienza e la speculazione trascendente e tra il fenomeno e l' essere (2). Il terzo poi, lo Schuppe, che non è di vocazione giurista, come gli gli altri due, ma filosofo e, forse appunto per questo, è un illustre filosofo-giurista, palesa una mente più nutrita d' intendimenti positivi ed un pensiero filosofico più autonomo, più sistematico, più originale (3).

(1) Studien zur sociologischen Rechtslehre (Archiv. f. öff Recht. I 541 e segg.

(2) Ueber die Methoden der geschichtlichen Rechtstheorie. Halle 1889.

(3) Die Methoden der Rechtsphilosophie (Zeitschr: f. vergl. Rechtswiss. V 1884). Der Begriff des Rechtes 1883 (Zeitschr. f. d. Privat. u. öff. Recht. X); Die specifische Differenz im

Quanto allo Stoerk basti averlo accennato: la natura del suo saggio non ci consente un' analisi quale che sia. Degli altri due è bene dire qualcosa.

Quell'opuscolo dello Stammler, *sui metodi della scuola storica del diritto,* breve di mole ma denso di pensiero, ha valore notevole, come primo indizio di una riscossa del mondo giuridico dal giogo dello storicismo. Al quale il valente professore di Halle oppone una critica fiera e che lascerà orma durevole per la sottigliezza della dialettica e per la perspicacia degli argomenti. Peccato, per altro, che la critica si consumi, direi quasi, in sè stessa e che lo A., preoccupato dal bisogno di demolire lo storicismo, non ci dica le ragioni di quello che va professato in sua vece! Egli pone egregiamente il problema del dritto naturale, ma lo risolve in una maniera che pare voglia eluderlo; dopo avere giudiziosamente osservato, che l' *ubi consistam* del diritto naturale non si traduce in una serie di dettagli analitici ma in un criterio e principio *a priori* universale e supremo, egli non si reputa in dovere di dirci, onde attingere quel principio e quel criterio e donde derivargli un contenuto rigorosamente determinato (1). Eppure un criterio, di cui si sappia

Begriff des Rechtes 1884 (ibid. XI); Grundzüge der Ethik. u. der Rechtsphilosophie Breslau 1881. Le opere « Der Begriff des subjektiven Rechts (Breslau 1887) e l' altra « Das Gewohnheitsrecht » (Breslau 1890) fan parte di quell' indirizzo filosofico-giuridico che fu esaminato nel Cap. IV. Altri scritti verranno citati in seguito.

(1) Il problema della filosofia del dritto è formulato nel seguente modo: « Ob es einen allgemeingiltigen Bestimmung-

che è o vuole essere criterio, ma non si sa qual criterio sia, di cui sa solo che debba essere speculato *a priori*, senza che si possegga una nozione della sua sostanza, non può, evidentemente, segnare l'ultima tappa di una disamina filosofica. Non basta sapere che è; bisogna sapere che cosa è. Ed al filosofo, che ci tenga ad essere logico, restano due vie di uscita: o conferire a quel criterio un contenuto ontologico o lasciar la fatica di conferirglielo alla ragione: o segnalare la fonte onde la ragione deve attingere la conoscenza di quel criterio o postulare la ragione, come *principium essendi* (non più semplice *principium cognoscendi)* del criterio stesso. Se non si fa l' una cosa, non si può a meno di far l' altra e, quindi, di rievocare *sic et simpliciter* il vecchio ed abusato razionalismo. La scuola storica non può dirsi trionfalmente battuta, se al suo criterio positivista, che, per dissimularsi nell' involucro romantico e simbolico della *Volksbewusstsein* non è, per questo, meno limpido e materiale, non si sostituisca un criterio del pari esplicito, il quale non si restringa all' accettazione del problema, ma ne porga e ne imponga una soluzione nettamente determinata. Quel principio professato dall' A., che il dritto na-

sgrund fur die Rechtsetzenden gebe, welcher als Idee, obzwar kein ihr in der Erfahrung entsprechender Gegenstand aufgewiesen werden könne, als Richtschnur und Ziel erweisbare Geltung hätte » (S. 38) e la dottrina del dritto naturale « eine wissenschaftliche Untersuchung darüber, was als *a priori* feststehender Zielpunkt und Massstab für alles Recht sich angeben und formulieren lasse » (S. 29). Ma qual sia lo *Zielpunkt* ed il *Massstab*, egli non sel propone nè l' indaga.

turale sia un criterio moderatore universale e non una serie di quantità giuridiche belle e date (1), può esser vero a seconda del contenuto che si apponga al criterio stesso. Un criterio, che sia estensibile a tutte le forme giuridiche e, quindi, sinonimo di assoluta indifferenza, non risolve punto il problema. Non è di un universale logico che abbiamo bisogno, ma di un universale ontologico; non di un principio puramente formale e teoretico, ma di un principio materiale e fornito di valore etico: epperò non dobbiamo ristarci alla critica della conoscenza, ma integrarla con la metafisica.

L' influsso di qualche aspetto meno accettabile del pensiero Kantiano è del resto visibile nel pensiero dello Stammler. Ad oppugnare lo storicismo egli ci dice, ad es., che esso non può superare mai i termini della causalità naturale e meccanica, cioè a dire di quella legge la quale governa la catena dei fatti empirici ed il processo fenomenico delle cose. Il legislatore, continua egli, è un soggetto empirico; motivo *empirico* del pari è quell'ideale storico e relativo che secondo la teoria di alcuni *neo-storicisti* dovrebbe determinare la volontà positiva del legislatore e tenere all' unisono le deliberazioni di essa con il preteso spirito popolare; ora, poichè tra due fattori empirici non può esservi altro rapporto che quello di causalità naturale, resta che si confessi apertamente che al lavoro formativo del dritto, postulato dalla scuola storica, è estranea la causalità morale, ossia quella legge che differenzia l' ordine

(1) S. 29, 37 e passim.

etico dall' ordine fisico (1). Se non che, allo Stammler, che qui mette a profitto alcuni principî della critica Kantiana, potrebbe ritorcersi, a buon dritto, quella dialettica fine, sottile, ingegnosa che il maestro stesso escogitò tra la causalità fisica e la causalità morale (2). Ma, guardando la cosa da altro aspetto, dal solo, anzi, che, in nome della filosofia, si debba tenere in conto, non è egli forse pericoloso ad un rivendicatore del dritto naturale porre tra il fenomeno ed il noumeno quella scissura radicale che tra l' uno e l' altro pose il Kant? Ed invero, da questa scissura segue che il noumeno diventa sinonimo di poco meno che inconoscibile, un di là che non conviene al mondo di qua, un vero mito della ragione. Non più causa o sustrato di fenomeni, ma recisa antitesi di ogni processo fenomenico, quel noumeno non ha piú portata ontologica che tenga. Per averlo voluto elevar troppo, il filosofo lo ha spento. Ciò posto, se il diritto naturale non è un fenomeno e, sotto questo aspetto, non soggiace alla legge di causalità naturale, non può essere altra cosa che un noumeno. Lo Stammler, quindi avrebbe messo a mal partito il termine ideale da lui invocato, ossia il dritto naturale, enunciando un principio che si presta ad una facile ritorsione, ed avrebbe fornito argomenti in favore dell' empirismo più presto che contra. Perchè, evidentemente, la intensità del positivismo giuridico procede in ragione

(1) S. 23-25.

(2) Kr. d. reinen Vernunft (Ed. di Hartenstein III 370-373) — Kr. d prakt. Vernunft. (Ib. V. 99 e segg.)

inversa della intensità della visione del suo rovescio: ed un diritto naturale che sia foggiato alla stessa guisa degli Dei di Epicuro può arrendersi vinto e confesso. Gli è che è impresa assurda impugnare l' empirismo, mettendo a profitto la critica Kantiana. L' empirismo non si elimina davvero che contrapponendogli il sostanzialismo; professando, quindi, la conoscibilità della sostanza e considerando ad un tempo la sostanza ed il fenomeno come termini correlativi e non già contradditori. Ed è solo procedendo per questa guisa che si colpisce l'empirismo, senza con ciò colpire le sane esigenze della filosofia realista.

Meno rigidamente vincolato al pensiero Kantiano è, forse, lo Schuppe. Anzi, propriamente parlando, egli non è neo-Kantiano, ed al Berkeley è più vicino che al Kant. Idealista soggettivo, egli segna, direi quasi, la dialettica tra il sistema Berkeleyano e le teorie della scuola scozzese. La coscienza: ecco la idea madre della sua filosofia; se non che, la coscienza non è per lui un criterio psicologico semplicemente, ma è un sostegno ontologico. Per intendere le sue dottrine filosofico-giuridiche, bisogna aver inteso, quindi, la sua ideologia. Dall' idealismo psicologico che egli professa segue che di nessun filosofo, come di lui, è vero che la teoria della conoscenza esempla e riassume tutta la filosofia.

Criterio fondamentale del suo sistema, (il qual criterio egli ha comune con altri idealisti contemporanei, quali il v. Leclair, lo Schulbert-Soldern ed il Rehmke) è l'*esse-est-percipi* : l'esistenza in sè e l' esistenza rappresentativa sono una cosa sola : il mondo

estra-soggettivo, appunto perchè non esiste per noi che in quanto è rappresentato da noi ossia diviene un mondo soggettivo, non esiste realmente che nel nostro pensiero e nella nostra rappresentazione: egli è un assurdo pensare che il mondo esteriore possa esistere altrimenti che in un soggetto che lo rappresenti, ed è intrinsecamente contradittorio parlare di un essere che non sia nella coscienza, o di un essere in sè che non sia tutt' uno che il *venir pensato* da un soggetto pensante: il pensiero è l'essere e l' ideologia è l' ontologia.

Ripetendo l' esperimento Cartesiano, quello cioè di dubitare di tutto (così lo Schuppe, il quale rievoca, di proposito, la scepsi del grande maestro del subiettivismo) rimane di assolutamente indubitabile una cosa sola: l' esistenza della propria coscienza, ossia dello stesso pensiero che dubita; la qual coscienza ed il qual pensiero vanno assunti come il solo criterio onde attingere la conoscenza delle cose; di guisa che questa conoscenza non sia il prodotto di una presunta percezione immediata del mondo estra-soggettivo, bensì il prodotto dell' analisi di quello che è contenuto nella coscienza. La conoscenza è, quindi un circuito: conoscere è, propriamente, conoscersi (1). L' obiettività della conoscenza non consiste, propriamente, nel *consensus in idem* del maggior numero possibile di soggetti pensanti, ma nella necessità assoluta onde un dato pensiero si associa alla coscienza (2). Il mondo e-

(1) Zur « voraussetzungsloser » Erkenntnisstheorie — Phil: Monatsh. 18 B. S. 378.

(2) Grundzüge S. 20-21.

strasoggettivo come tale, ossia come cosa che non è passata o penetrata ancora nell' interno della nostra coscienza, è tutt' uno che una causa senza gli effetti che costituiscono il suo essere di causa. Le nostre percezioni sono una appartenenza non del conoscere della cosa, ma del suo essere, precisamente come quegli effetti sono non un accessorio della causa, ma la sua sostanza stessa, quello per cui la causa *si causa* (1). L'ammasso delle impressioni sensibili *diventa* il mondo reale, per virtù del principio d' identità e del principio di causalità, che sono forme della coscienza, categorie o idee. Le quali idee « *sind in der That weltbewegende Mächte.... wir bestehen aus ihnen und sie sind überhaupt nicht Erkenntnisse über Dinge der Aussenwelt, sondern ergeben sich aus der Reflexion des denkenden und werthschätzenden Bewusstsein über sich selbst, als Bejahung desjenigen, was es bei dieser Reflexion, oder als was es bei dieser Reflexion, sich findet* (2).

Dati questi principî e questi criterî, è data del pari l' immanenza panteistica del mondo nella coscienza e dell' essere nel pensiero: onde il problema della conoscenza è, non che dibattuto o sciolto, composto ed eliso *a priori*. L' identificazione dell' *esse* e del *percipi* esclude, per logica di cose, una indagine relativa ai rapporti del conoscere e dell'essere.

(1) Der Begriff des Rechts — Grünhut' s Zeitschr. X S. 377.

(2) Was sind Jdeen — nella Zeitschr: f. Philosophie u. philos. Kr. — N. F. (1883) S. 167 — La sua ideologia è poi dimostrata appieno nella sua « Erkenntnisstheoretische Logik »

Quella che era per noi una relazione si converte, per l'idealista soggettivo, in sostanza. Non quindi la soluzione, ma la posizione stessa del problema è data per assurda: esso problema, ci si dice, è insolubile, semplicemente perchè inconcepibile. Con questa eliminazione del problema critico, lo Schuppe si avvisa, forse, come già un tempo il Berkeley, di dimostrare perentoriamente e collocare in una sfera superiore ad ogni dubbio la realtà oggettiva della conoscenza umana, non che oppugnando trionfalmente le obbiezioni che vi si torcono contro, ma precludendo addirittura l' adito alle obbiezioni stesse. Il mezzo più pratico e proficuo onde risolvere il problema sembra a lui il negarlo.

Ma che questa attitudine al cospetto della critica non c' illuda punto: la sicurtà che ostentano i soggettivisti radicali somiglia un po' alla indifferenza desolante di chi abbia perduto non solo la speranza, ma anche la disperazione. È assai men grave pervenire per le vie della critica al soggettivismo, che sistemarlo dogmaticamente. Perchè, è bene porvi mente, l' idealismo soggettivo, tuttochè prenda le mosse dalla scepsi, è intrinsecamente dogmatico. E non solo dogmatico, ma empirico altresí. L' analisi e la riflessione della coscienza sono i soli presidî metodici dello Schuppe, ed egli professa esplicitamente, e talora non senza una certa ostentazione, che egli è il vero filosofo sperimentale. Ed ha perfettamente ragione. Egli rappresenta, con fedeltà e coerenza, la logica dell' empirismo, ossia il criterio della obbiettività assoluta dei fenomeni dell'esperienza interiore.

Ed è per questo che alla dottrina di lui può estendersi il titolo che il Kant appose a quella del Berkeley: idealismo empirico.

Dopo di che, non è arduo intendere quale debba essere la filosofia morale e giuridica del nostro A. — Per essere essa un equivalente della ideologia, sua idea madre sarà del pari la coscienza: suo criterio e suo metodo, l' analisi di essa. E come l' essere è tutt' uno che il venir pensato, così il bene è tutt' uno che il venir appetito e voluto: le cose di fuori in tanto sono oggetto in quanto sono soggetto e, del pari, le azioni ed i fatti morali: è bene quello che si lascia volere, che è fonte di piacere. « *Das Gute kann nur gefühlt werden: es ist Lust: äussere Dinge oder Handlungen können nur gut sein als Lustquelle* » (1). S' intende, per altro, che lo Schuppe non è edonista. Egli riconosce un bene, un valor morale supremo ed una estimazione e volizione *morale assoluta (eine absolute Werthschätzung)*. E bene e valore etico supremo è per lui la coscienza, e *absolute Werthschätzung* è la dilettazione della coscienza, *die Lust am Bewusstsein.* (2).

È adunque la coscienza, solo essa che è bene assoluto, perchè solo essa è voluta per sè stessa, e non per altro essere o in funzione di altro essere. (È bene qui ricordare che la coscienza è tuttora l' estremo residuo della scepsi analitica, nella ideologia come nella morale). Con il predicato « assoluto » però l' A. non intende esprimere quello che

(1) Grundzüge S. 19.
(2) Grundzüge S. 108.

era assoluto della metafisica: il suo preteso assoluto (lo spiega egli stesso) non è che l'assoluto psicologico. La sua *absolute Werthschätzung* vien quasi sempre da lui denominata *unvermeidliche*, inevitabile, ed esprime un sentimento possente, che non si lascia inibire, che ci domina volenti o nolenti e anche negato « *unwillkürlich immer wieder anerkannt wird* (1). Questa *unvermeidliche Werthschätzung* ricorda quindi l' *unwillkürlicher Beifall* di Herbart. Quando, però, si dice dilettazione della coscienza, s' intende sempre parlare delle condizioni assolute della coscienza, della sua inerenza sostanziale. Senza dubbio, una coscienza che non sia individuata in questo ed in quello è una vuota astrazione « *Im Bewusstsin fand ich das Wesen des Menschen, nicht freilich in dem abstracten Momente des blossen Sichwissen, sondern in dem Wissen von sich mit seinen Zuständen und Thätigkeiten, ohne welches eben Sichwissen eine Undenkbarkeit wäre* (2). Se non che, per quanto l' Io affermi sè stesso nelle sue individualità, tuttavia queste individualità in tanto hanno valore, in quanto coincidono nella unità sintetica dell' Io: per modo che sia tuttora questo e quello Io (e non l' Io indeterminato) il soggetto, o meglio l' oggetto o l'una e l' altra cosa ad un tempo, della *unvermeidliche Werthschätzung*; ma questo o quello Io in quanto tale, non questo o quel momento individuale di esso, ovvero la semplice addizione

(1) Ibid. ibid.

(2) Die specifische Differenz im Begriffe des Rechtes. Grünhut's Zeitschr. XI S. 168.

quantitativa di tutti i suoi momenti individuali. Nell'affermazione di questo o quello Io è implicita e sostanzialmente immanente l'affermazione dell' Io in universale: *d h. die Bejahung alles Bewusstseins, wo und wann und wie auch immer das Ich sich finde und wisse, die Bejahung desjenigen Ich, welches in allen identisch ist* (1). *Das Ich, welches sich in diesen unterscheidbaren Besonderheiten bejaht, thut dies doch nur als das absolut Individuelle, dessen Besonderheiten sie sind, in welchem sie coincidiren als Besonderheiten eines Ich u. s. w.* (2).

Per tal maniera l'A. si avvisa di conseguire la sintesi dialettica dell'egoismo, al quale lo rimena la logica del suo soggettivismo, con le esigenze, da lui luminosamente sentite, della morale. Ma non è detto che questa sua dialettica gli riesca, anche ammesso che sia provato che l' Io, nell' affermare con la riflessione consapevole la sua esistenza specifica, non possa non affermare in pari tempo la sua esistenza generica, la quale si rappresenta come immanente nelle determinazioni specifiche. Perchè l' affermazione che l' Io fa di sè stesso non è volizione astratta (il che sarebbe un assurdo) ma concreta, non analitica ma sintetica. Nel dominio della logica si può astrarre la coscienza universale dalle determinazioni individuali, non già nel dominio dell' etica, la quale ha per oggetto non un postulato della ragione, ma la vocazione, di sua natura eminentemente sintetica, del sentimento. La *Selbsbe-*

(1) Grundzüge S. 146.
(2) Ibid. S. 145.

hauptung non è riflessa, ma spontanea; e l' Io non tenta nemmeno, non che adempierla appieno, questa sottile matematica della coscienza, che lo Schuppe vorrebbe predicare di esso.

Lo spirito analitico che travaglia il nostro A. lo mena indi a differenziare, anzi a contrapporre recisamente due termini dei quali egli stesso professa l' immanenza dialettica. La coscienza in universale e la coscienza individuata (*Bewusstseins-Concretion*) si differenziano ed hanno una funzione scientifica antitetica: la coscienza in universale è l' oggetto della morale e l' altra lo è del dritto (1). Per modo che nel dritto le condizioni relative e individuali, le varietà fenomeniche avrebbero una estensione incontrastata. il dominio del dritto sarebbe l' espressione del puro e semplice relativismo! Il materialismo, che si effonderebbe nel dritto, sarebbe, per altro, compensato ad usura dal formalismo della morale. E qual formalismo! La coscienza astratta è un principio sì vuoto, che a petto ad esso l' *imperativo categorico* è ricco di contenuto. E così, sotto altra forma riapparirebbero le antiche jatture seguite, nel processo del pensiero filosofico, da quella irrazionale ed improvvida separazione della morale dal dritto. Il relativismo della *Bewusstseinsconcretion* è qui lo esatto equivalente del legalismo meccanico del Kant. Ad ovviare a tali iatture, lo Schuppe non ha da fare altro che sottilizzare ancora con la sua dialettica e conferire alla riflessione consapevole della *Bewusstseinsconcretion* quel contenuto e quella funzione uni-

(1) Die specifische Differenz u. s. w. (loc. cit. S. 166).

versale, quella specie di ricorso psicologico-etico dell' *unità sintetica dell' appercezione,* che abbiamo visto più su. Con che, per altro, egli non sfugge alla contraddizione già denunciata. Se la universalità della coscienza è implicita nella *Bewusstseinsconcretion,* allora tra morale e dritto, non che separazione, non v' è nemmanco quello che dovrebbe pur esservi, distinzione. Meglio ancora: non vi ha più nè morale nè dritto, cioè a dire discipline normative, ma una fenomenologia della coscienza morale e giuridica. Quella immanenza assicura, per giuoco spontaneo di forze psicologiche, l' adempimento della moralità e della giustizia. O quella universalità della coscienza non è implicita nella *Bewusstseinsconcretion,* ed allora il legalismo, anzi l' immoralismo torna da capo: la morale diventa, allora, una fenomenologia del pensiero logico ed il dritto una projezione dell' egoismo. Cosicchè, in ambo i casi, la contraddizione rimane e le jatture si aggravano: nel primo, della morale e del dritto non v' è bisogno; e nel secondo, l' una e l' altro non sono possibili: o non è necessario che nascano, o è necessario che non nascano.

Incurioso di queste ritorsioni della logica, l' A. si ferma di proposito a vantare la forza esplicativa dei suoi principî nel rimuovere quell'antinomia, che perturba tanto il moralista, tra l'unità morale della coscienza e la grande varietà etnografica delle intuizioni e dei costumi. Il segreto di quest' antimonia è, a suo parere, la coscienza. La riflessione, invero, della coscienza è passibile di gradi; ivi più intensa, altrove meno; oggi meno, domani più vivace. La varietà dei costumi e degli istituti è precisamente il riflesso del grado di-

sforme d'intensità della riflessione consapevole. Dalla logica della coscienza in universale seguirebbe la perfezione assoluta, immutabile; dalla logica della *Bewusstseinsconcretion* segue il rovescio, la perfettibilità e, quindi, il processo delle imperfezioni. Le differenze che sono tra l' una coscienza e l' altra servono a spiegare l' antinomia; l' immanenza dell' una nell' altra ci spiega, poi, come in questa antinomia l' unità morale della coscienza non sia negata, ma riaffermata (1). Ma, se la coscienza in universale non è che un' astrazione e se precisamente quest' astrazione deve essere l' *ubi consistam* della unità morale dell' umanità, la spiegazione fornitaci dell' A. ricade nel più vizioso formalismo. Dove l'unità della coscienza morale non ha altro sostegno che un residuo logico dell' analisi e della riflessione consapevole, ella può bene arrendersi vinta e confessa al positivismo.

Evidentemente, non si sorregge l'assolutezza dell' *ethos* contro lo scetticismo morale degli antropologisti, coll' immedesimare quell' assolutezza in un *detrito* logico, o col valutare il principio della morale e del dritto alla stregua della logica formale, o con l' asserire, come fa l' A., (2) che la diversità dei costumi e delle leggi non infirma l' esistenza dell' *ubi consistam* morale e giuridico, *come* la diversità senza fine delle conoscenze particolari non infirma la unità delle leggi del pensiero. Ma, forse, non va rimproverata allo Schuppe una similitudine che è la espres-

(1) Grundzüge S. 174-179.
(2) Ibid.

sione fedele del suo assunto. Quando le condizioni soggettive si assumono a sostegno delle condizioni oggettive, non è possibile più trovare il vincolo di unione tra l' unità e le differenze del contenuto della coscienza morale. Il filosofo barcollerà sempre, in tal caso, tra la *indifferenza* formale e le differenze materiali, tra il purismo logico ed il materialismo pratico. Egli sarà o fuori la morale o contro la morale. Ecco un dilemma, dal quale non vi è via di uscita: neanche, quando il filosofo ha quelle possenti attitudini delle quali è dotato lo Schuppe, e non ostante l' ammirazione che va tributata a molte dottrine particolari della sua Etica, nelle quali rivivono, rianimate dal soffio di un pensiero originale, le teorie della scuola scozzese e molte della filosofia tradizionale.

CONCLUSIONE

Col rapido cenno di queste tendenze neo-critiche ed idealistiche si chiude il nostro saggio sulla filosofia del dritto recentissima in Germania. Se da quelle tendenze si possano trarre, con sicurtà, lieti auspizî sull' avvenire di questa filosofia, noi nol sappiamo, perchè non possiamo accertare, anzi tempo se e fino a che punto il soggettivismo della critica si verrà coordinando in un contenuto metafisico; il che è condizione indeclinabile perchè esso promuova la dissoluzione del positivismo e risollevi, ad un tempo, i fasti del dritto naturale. Certo, l' insinuarsi della critica della conoscenza nel dominio della filosofia del dritto è arra di miglior avvenire, se da esso può seguire lo scotimento di quel dogmatismo, che fu il πρῶτον Ψεῦδος della scuola storica (1) e che

(1) Die historische Schule hat bis heute die inneren Schranken nicht durchbrochen, welche ihre theoretische Ausbildung wie ihren Einfluss auf das Leben hemmen müssten. Ihrem Studium und ihrer Verwertbung der geschichtlichen Erscheinungen fehlte der Zusammenhang mit der Analysis der Thatsachen des Bewusstseins, sonach Begründung auf das einzige in letzter Instanz sichere Wissen, kurz eine philosophische Grundlegung. Es fehlte

i realisti odierni, alieni del pari che quella dallo studio delle condizioni del pensiero e dall' analisi psicologica degli stati di coscienza, hanno sistemato con cieca fiducia di sè e delle proprie forze. Ma, d' altra parte, è bene arduo che l' empirismo si dia per perduto e si arrenda oggi, che lo spirito analitico, che è il segreto della vitalità della filosofia sperimentale ed è tanta parte, ad un tempo, dello stesso spirito critico, signoreggia tuttora nei dominî della scienza e seduce tanta parte della gente colta. Non meno difficile è, poi, persuadersi o, per dir meglio, persuadere altrui che lo spirito sanamente filosofico, non che escludere il senso delle ricerche analitiche, lo contiene anzi in sè stesso e ne integra le risultanze in una intuizione sintetica, che non è giuoco ozioso del pensiero ma una efficienza ricca e, come dire, corpulenta di contenuto ideale. A noi è lecito solo esprimere la ferma fiducia, senza cadere in una ingenua aspettazione utopista, che queste attitudini autocritiche e riflessive che balenano oggi, si rendano sempre più forti e tenaci ed affrettino in Germania, come altrove, il periodo in cui la filosofia reputerà opportuno addivenire ad un *esame di coscienza* e domandarsi, se il dritto naturale bene inteso non aveva, per avventura, valore scientifico ed ideale di gran lunga superiore alle dottrine dei suoi avversarî, e se, in cambio di bandirlo dai dominî del sapere, non sia meglio riannodarne la tradizione luminosa, coor-

ein gesundes Verhältniss zur Erkenntnisstheorie und Psychologie. W. *Dilthey*. Einleitung in die Geisteswissenschaften. I Band. (Leipzig 1893) Vorrede S. XV.

dinandola ai recenti progressi ed ai novissimi acquisti della scienza. Perchè non è detto che quel dritto naturale, per essere antico, sia antiquato, e ferve e si agita in esso l' eterna gioventù della coscienza umana e dell' ideale.

Dalla natura del dritto naturale segue, per altro, indubbiamente che a determinarne quel qualsiasi risveglio, che a noi è consentito di auspicarne per un prossimo indomani, conferirà assai meno un movimento speculativo delle intelligenze, che un movimento pratico, una vocazione spirituale delle coscienze. Il dritto naturale non è scienza ma filosofia, e filosofia della vita più che del pensiero: è, adunque, nelle nuove correnti della vita che va cercato il segreto delle sorti future di esso. Ora non è chi possa negare, come, in questa fine di secolo, il pungolo di un risveglio morale e di un rinnovamento interiore delle anime si sia reso più acre e come baleni un intuito più sano dei problemi dell' universo e maturi un culto più ardente ed una cura più gelosa dei dritti della coscienza. Il sentimento dei dritti dell' uomo, sarei anzi per dire il sentimento della propria *umanità,* acuito ed esacerbato dallo spettacolo desolante delle violenze di variata natura, le quali, procedenti dall' alto e dal basso, (basse del resto e volgari tutte ad un tempo) si accingono, oggi, a comprimere e torturare la libertà individuale, si prepara ad essere tanto più vivo e tenace, quanto il ricordo delle lotte e dei dolori sostenuti per esso lo avrà reso più sacro.

E se si afferma possente il sentimento dei dritti dell' uomo, siate pur sicuri che i tempi saranno maturi per un trionfo del dritto naturale, il quale può

non essere filosofia dell' individualismo, ma è necessariamente filosofia dei dritti individuali.

Ha oggi gran successo in Germania una forma brutale d' individualismo, che io non esito a denunciare come una vera e propria negazione del dritto dell' uomo: l' individualismo anarchico o l' anarchismo aristocratico di *Max Stirner* e del *Nietsche*. E questo individualismo sarebbe argomento di auspicî assai tristi per l' avvenire del pensiero Germanico, se il culto fanatico della gioventù tedesca per esso dovesse perdurare a lungo immutato. Ma chi potrebbe dire che questa rapida e violenta soluzione di continuità della tradizione (un tempo così luminosa nella vita del popolo tedesco) del panteismo politico e del pietismo ortodosso non sia una deformazione morbosa che l' infiltrarsi delle teorie della forza, atteggiate al Darwinismo dominante, hanno determinato in un movimento ideale, originariamente puro e nobile nei suoi motivi e destinato a più sane e promettenti riscosse?

FINE.

INDICE

ART. II. — I PRINCIPÎ PSICOLOGICI
DELLA FENOMENOLOGIA DEL DRITTO

SEZIONE SECONDA

ANALISI DEL CRITERIO FONDAMENTALE
DEL REALISMO GIURIDICO

SEZIONE TERZA

LE TENDENZE DI REAZIONE AL REALISMO